

Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf

Joerges, Christian

Veröffentlichungsversion / Published Version

Arbeitspapier / working paper

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Joerges, C. (2007). *Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf*. (ZERP-Diskussionspapier, 1). Bremen: Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) an der Universität Bremen. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-62940-5>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK
an der Universität Bremen

ZERP

Christian Joerges

Integration durch Entrechtlichung?

Ein Zwischenruf

ZERP-Diskussionspapier 1/2007

Der vorliegende Text setzt zwei Vorarbeiten mit Co-Autorinnen (Joerges/Everson 2005; Joerges/Braams/Everson 2007) fort. Ich habe ihn zuerst in Auszügen auf einem von Gunnar Folke Schuppert und Michael Zürn im Februar 2007 am Wissenschaftszentrum Berlin organisierten Workshop zu einem Sonderheft der Politischen Vierteljahresschrift mit dem Thema „Governance in einer sich wandelnden Welt“ vorgetragen. Auf dieser Tagung und zwei weiteren in Florenz und in Flensburg habe ich vielfältige weiterführende Anregungen bekommen. Insbesondere Renate Mayntz und Amin von Bogdandy möchte ich für ihre kritischen Anmerkungen danken; Beate Braams bin ich für neuerliche Diskussionen hier in Florenz und für vielfältige Hilfen bei der Redaktion des Textes zu Dank verpflichtet. Dennoch handelt sich noch immer um „work in progress“. Weiterer systematischer Ausarbeitung bedürfen aus meiner Sicht vor allem zwei Themen. Das eine ist die konstitutionelle Dimension der Konzeptualisierung des Europarechts als eines supranationalen Kollisionsrechts. Diese Formel zielt auf eine „horizontale“ Verfassung der Union. Hier dürfte der kürzlich von Schönberger (2004: 88 ff.; s. auch Preuß 2005: 511 ff.; Offe/Preuß 2006: 20 ff.) erneuerte Begriff des „Bundes“ hilfreich sein. In Abgrenzung insbesondere von Carl Schmitt (1928/1993: 363 ff.) – „Der Bund ist eine auf freier Vereinbarung beruhende, dem gemeinsamen Zweck der politischen Selbsterhaltung aller Bundesmitglieder dienende, dauernde Vereinigung, durch welche der politische Gesamtstatus jedes einzelnen Bundesmitgliedes im Blick auf den gemeinsamen Zweck verändert wird“ (366) – ist hervorzuheben, dass Schmitt seine Definition mit einer Homogenitätsvorstellung verbunden hat – „...jeder Bund [beruht] auf einer wesentlichen Voraussetzung, nämlich der Homogenität aller Bundesmitglieder, d.h. auf einer substantiellen Gleichartigkeit, welche eine konkrete, seinsmäßige Übereinstimmung der Gliedstaaten begründet und es bewirkt, dass der extreme Konfliktfall innerhalb des Bundes nicht eintritt“, 375 f. –, gegen den der kollisionsrechtliche Denkansatz sich verwahren will. Der Zusammenhalt, den das Kollisionsrecht voraussetzt und stiftet, kann sich mit dem Habermas’schen Verfassungspatriotismus begnügen, dessen viel gescholtene Blässe es ermöglicht, die Vielfalt Europas und der Europäer zu erhalten und ihre Achtung als Rechtsgebot zu begreifen (zuletzt wieder Habermas 2005: 111). Der zweite Themenkomplex ist ein noch weiteres Feld, nämlich die praktischen Implikationen des kollisionsrechtlichen Ansatzes für die Behandlung der komplexen Konfliktlagen Europas. Sie werden lediglich bei den Erläuterungen des Kollisionsrechts „Erster“ und „Zweiter“ Ordnung knapp angesprochen. Der Anspruch des kollisionsrechtlichen Ansatzes reicht aber weiter.

IMPRESSUM

| | |
|---------------|-----------------------------|
| Herausgeber: | Zentrum für Europäische |
| Redaktion: | Rechtspolitik an der |
| Vertrieb: | Universität Bremen |
| | Universitätsallee, GW 1 |
| | 28359 Bremen |
| Schutzgebühr: | € 8,- (zzgl. Versandkosten) |
| Nachdruck: | Nur mit Genehmigung des |
| | Herausgebers |
| ISSN: | 0947 — 5729 |

Bremen, im August 2007

Abstract

This paper is about the difficult relationship between law and governance in the European Union. The turn to governance which the Prodi Commission has forcefully propagated is a continuation of much older developments. By means of these developments the European Community (now Union) has sought to compensate for the inadequacies found within its institutional design (in particular, within the Community Method); a design which has had constantly to be adapted to the ever more intense and complex regulatory needs of the integration project. These constant institutional innovations were functional necessities and the turn to governance seems to be irresistible and irreversible. Such innovation, however, is not easily reconcilable with the Union's commitment to the rule of law, or with the very idea of law-mediated, politically accountable rule. These tensions are addressed in two steps. The first concerns the national level and is a mainly methodological reminder: many of the governing techniques that are today defined as governance can also be found within national systems and were, furthermore, the subject of intensive debate in the 80s within discussion on proceduralizing and reflexive methodologies which sought to capture the specifics of a – then so perceived – post-interventionist law. The second step concerns the European Union. Here, a methodological approach is insufficient. It must instead be accompanied by a re-conceptualisation of European law as a new type of supranational conflict of laws. This law seeks to realize what the Constitutional Treaty had called the “motto of the Union”, namely a reconciliation of “unity and diversity”. It is submitted that a re-conceptualisation of European law in terms of conflict-of-laws would not only help to rescue the rule of law but would also increase our capacity to cope with the unresolved substantive tensions within the European polity.

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----|--|----|
| 1. | Leitende Fragestellung und Strukturierung des Arguments | 1 |
| 2. | Governance im Nationalstaat: Bringing the 80's back in | 3 |
| 3. | Neue und nicht so neue Formen Europäischen Regierens | 8 |
| 3.1 | Das Ausschusswesen (Komitologie)..... | 9 |
| 3.2 | Das Prinzip der gegenseitige Anerkennung als Governance-Praxis..... | 10 |
| 3.3 | Die „Neue Konzeption“ zur technischen Harmonisierung und Normung: „Private Transnationalism“ | 11 |
| 3.4 | Agenturen: Politisierung administrativen Handelns | 12 |
| 3.5 | Die Offene Methode der Koordinierung (OMK): „Abschied vom Recht?“ | 13 |
| 4 | Ein supranationales Kollisionsrecht neuen Typs als Form der Verfassung Europas | 14 |
| 4.1 | Unitas in Pluralitate: Das europäische Kollisionsrecht Erster Ordnung (Deliberativer Supranationalismus I) | 14 |
| 4.2 | Die Verrechtlichung europäischer Governance-Praktiken durch ein Kollisionsrecht Zweiter Ordnung (Deliberativer Supranationalismus II)..... | 17 |
| 4.3 | Zwischenergebnis..... | 18 |
| 5. | Aussichten | 20 |
| | Literatur | 27 |

1. Leitende Fragestellung und Strukturierung des Arguments

Es geht in diesem Essay um eine schwierige Beziehung, nämlich das spannungsreiche Verhältnis von Recht und Governance¹ in der Europäischen Union. Die Spannungen sind offenbar geworden als die Europäische Kommission unter ihrem damaligen Präsidenten Prodi ihr Weißbuch zum „Regieren in Europa“ publizierte (Kommission 2001; s. auch 2000). Freilich haben nur wenige Beobachter sie seinerzeit ernst genommen. Zwar waren die ersten Reaktionen auf das Weißbuch der Kommission durchaus kritisch (vgl. Joerges/Mény/Weiler 2002). Aber die Wende zum Regieren wurde ganz überwiegend hoffnungsvoll begrüßt. Sie hat ungemein intensive Forschungsaktivitäten ausgelöst.² Vorangetrieben wird diese Forschung vor allem von der Politikwissenschaft. Deshalb überrascht es kaum, dass die Schwierigkeiten der Juristen mit dem neuen Begriff so wenig Beachtung fanden und selbst der Vorhalt, die Wende zum Regieren sei eine Nagelprobe für die Rechtsstaatlichkeit Europas und mit der Idee einer auf Recht gegründeten Legitimität politischer Herrschaft schwer verträglich, wenig Beunruhigung auslöste. Stattdessen interpretieren einflussreiche, vorwiegend angelsächsische Beiträge die Abwendung von der Gemeinschaftsmethode und die Hinwendung zu den Neuen Formen des Regierens als Chance für die Verwirklichung einer Demokratieform, die eine Transformation der Rechtskategorie bedinge (Trubek/Trubek 2005; De Búrca 2006; Sabel/Zeitlin 2007). Dieser Schritt, so soll im Folgenden gezeigt werden, ist nicht bloß waghalsig, sondern auch überflüssig; das Recht kann auf die Ablösung der traditionellen Steuerungsformen durch neue Formen des Regierens (*newmodes of governance*) konstruktiv reagieren, ohne sich selbst aufgeben zu müssen. Diese Kritik wird in drei Schritten entfaltet:

(1) Bei dem ersten (Abschnitt 2) handelt es sich bloß um eine Erinnerung an die intensiven Diskussionen der 80er Jahre über das Versagen interventionistischer Steuerungskonzepte und die Bemühungen um Methodologien, die – wie insbesondere das „prozedurale“ und das „reflexive“ Recht – den (damals)

¹ Governance wird im amtlichen Sprachgebrauch (z.B. Kommission 2001) mit „Regieren“ übersetzt und daran hat sich zunächst auch die Wissenschaft, insbesondere der 1996 eingerichtete DFG-Schwerpunkt „Regieren in der Europäischen Union“ gehalten; s. http://www.mzes.uni-mannheim.de/projekte/reg_europ/dfg.htm. Diese Sprachbarriere hat indes nicht gehalten.

² Im Oktober 2006, bei der ersten Abfassung dieses Beitrages fanden sich in der CONNEX Literaturliste bereits um die 2.900 Einträge; inzwischen (im März 2007) werden 3.345 verzeichnet; s. <http://www.connex-network.org/govlit>.

neuen post-interventionistischen Steuerungspraktiken gerecht werden sollten. In diesen Praktiken hatte sich bereits, wenn auch im nationalstaatlichen Rahmen, eine Wende zum Regieren vollzogen. Die Prozeduralisierung der Rechtskategorie, wie sie von den Anhängern der Kritischen Theorie propagiert wurde, und das reflexive Recht, das sich auf die Systemtheorie Niklas Luhmanns stützte, haben auf das Versagen des Interventionismus, seine irrealen Steuerungsphantasien und die Schwächen hierarchischen Regierens reagiert – ohne dabei das Recht verabschieden zu wollen.

(2) Allerdings standen seinerzeit Globalisierungs- und Europäisierungsprozesse nicht zur Debatte. Diese haben inzwischen – damit befasst sich der zweite Schritt ausführlicher – zum Aufbau transnationaler „governance arrangements“ geführt und das Recht muss nun, wenn es den Anspruch einer Bindung des Regierens aufrechterhalten will, ohne den Rückhalt in einem supranationalen Staatswesen auskommen. Abschnitt 3 beschreibt die neuen und nicht so neuen Formen transnationalen Regierens, mit denen Europa auf diese Herausforderung reagiert hat. Dabei hat Europa eine bemerkenswerte institutionelle Innovationsfreude an den Tag gelegt. Es hat dabei aber das Recht ernst genommen und dessen Bindungen nur zögerlich gelockert – die Offene Koordinierungsmethode ist im Grunde das erste, bezeichnenderweise nicht von der Kommission, sondern vom Rat angestoßene, offene Bekenntnis zu einem sanften Regieren außerhalb der Kompetenzordnung der Verträge.

(3) Die Wende zum Regieren scheint unaufhaltsam. Gilt dies auch für die Erosion der Rechtsstaatlichkeit des Regierens? Mit dieser Frage befasst sich der dritte Schritt der Argumentation (Abschnitt 4). Statt uns mit dem Anwachsen von „soft law“ abzufinden oder uns auf gar auf die Ablösung des Regierens vom Recht einzustellen, sollten wir uns – dies ist die Kenthese des gesamten Essays – um eine Rekonzeptualisierung des Verfassungsrahmens bemühen, in dem sich Europäisches Regieren vollzieht. Dabei knüpft der Beitrag an Überlegungen an, die Jürgen Neyer und ich vor 10 Jahren unter dem Titel „Deliberativer Supranationalismus“ entwickelt haben (Joerges/Neyer 1997). Die rechtstheoretische Grundlage dieses Ansatzes ist die Habermas'sche Diskurstheorie des Rechts und deren Prozeduralisierung der Rechtskategorie. Die rechtlich vermittelte Legitimation, die das prozeduralisierte Recht im Verfassungsstaat gewährleisten kann, erfordert, so wird hier behauptet, in postnationalen Konstellationen eine „kollisionsrechtliche“ Wende. Auf der Grundlage eines kollisionsrechtlichen Verständnisses des Europarechts sind nicht nur dessen Einwirkungen auf das nationale Recht demokratieverträglich legitimierbar; auch die neuen (und nicht so neuen) Formen europäischen Regierens

lassen sich auf dieser Grundlage eingrenzen und „konstitutionalisieren“³. Das Europarecht könne und solle als ein neuartiges supranationales Kollisionsrecht verstanden werden, dessen Aufgabe es ist, die Vielfalt Europas zu verfassen. Der Schlussabschnitt (5) befasst sich mit praktischen Implikationen und Schwierigkeiten dieser Vorstellung.

2. Governance im Nationalstaat: Bringing the 80's back in

Die Heimat des Governance-Konzepts liegt in der Theorie der Internationalen Beziehungen (Rosenau 1992). Von dort ist der Begriff zunächst nach Europa gezogen (Schmitter 2002), um sich dann auch auf nationaler Ebene einzubürgern (Schuppert 2005). Nun ist die disziplinäre Fremdheit des Begriffs nicht als solche problematisch. Es kommt vielmehr darauf an, welche Praktiken mit „governance“ bezeichnet werden, ob diese sich mit den uns verfügbaren Rechtsbegriffen erfassen lassen und ob sie mit den im Rechtssystem institutionalisierten Formen der Wahrnehmung und Kontrolle öffentlicher Aufgaben kompatibel sind. Eben diesen Fragen kann man sich nicht anders als interdisziplinär nähern. Dabei indiziert ja schon die Herkunft des Begriffs, dass es sich um vom traditionellen „government“ zu unterscheidende Praktiken handelt, die es zu identifizieren und zu analysieren gilt. Mit anderen Worten, es gilt zunächst herauszufinden, ob und inwiefern sich jene Praktiken von den Formen administrativen und auch gubernativen Handelns unterscheiden, die in den Rechtsbegriffen des Verwaltungs-, Staats- und Verfassungsrechts tradiert werden, bevor wir uns der Frage zuwenden können, ob bzw. unter welchen Bedingungen das Recht sie akzeptieren kann.

Die Schwierigkeiten dieser beiden Gedankenoperationen sind freilich beträchtlich. In dem hier zugrunde gelegten Verständnis sind sie wesentlich darauf zurückzuführen, dass sich Politik- und Rechtswissenschaft einer je eigenen Logik verschrieben haben: Die Politikwissenschaft befasst sich vor allem mit Erklärungen, die Rechtswissenschaft wesentlich mit der Interpretation von autorisierten Texten und der Ausarbeitung von Dogmatiken (Habermas 1994; allgemeiner 1967). In seinem rechtstheoretischen *magnum opus* hat Habermas (1992) behauptet, das moderne Recht verschränke Faktizität und

3 Angesichts des inflationären Gebrauch dieses Terminus ist eine knappe Erläuterung ebenso unumgänglich wie unbefriedigend: Governance schließt die Ausübung politische Herrschaft ein und ist deshalb legitimationsbedürftig. Legitimität ist nicht einfach soziale Akzeptanz, sondern muss auf Gründen beruhen, die demokratieverträglich sind „Anerkennung verdienen“, innerhalb und jenseits des Nationalstaats. Es geht im Folgenden durchgehend um eine Konkretisierung dieser abstrakten Formeln.

Geltung. Deshalb müsse die Rechtswissenschaft, deshalb müssten aber auch sozialwissenschaftliche Analysen die real existierenden Phänomene der Rechtsdurchsetzung mit den normativen Geltungsansprüchen des Rechts in Verbindung bringen, die sich auf seine Generierung in demokratischen Prozessen gründen. In einer trivialeren Fassung: Die Normativität des Rechts bleibt ein Faktum – auch wenn diese Faktizität des Normativen einem szientifischen sozialwissenschaftlichen Selbstverständnis schwer zugänglich ist.

Für die Diskurstheorie des Rechts⁴ stellt sich hier eine fundamentale Frage: Kann das Recht, wenn es jene Praktiken adaptiert und absegnet, die Geltungsansprüche aufrechterhalten, die ihm im demokratischen Verfassungsstaat zuerkannt werden dürfen? Kann es, wenn es die Wende zum Regieren nicht aufzuhalten vermag, zumindest Maßstäbe entwickeln und durchsetzen, die diese Praktiken so formen, dass sie, um noch eine Habermas-Formel aufzugreifen, Anerkennung „verdienen“ (Habermas 1999: 171; Hervorh. im Original), d.h., um einen noch zu erläuternden Sprachgebrauch einzuführen, kann es sie „konstitutionalisieren“.

Die im deutschen Verwaltungs- und Verfassungsrecht inzwischen sehr intensiv geführte Auseinandersetzung mit dem Governance-Phänomen scheint in den einschlägigen Rezeptionsansätzen dem *proprium* des Rechts verpflichtet zu bleiben. Kennzeichnend für die Beiträge insbes. von Trute u.a. (2004), Schuppert (2005) oder Franzius (2006) ist nämlich, dass sie Governance-Praktiken in einen normativ (verfassungsrechtlich) beglaubigten Kontext stellen wollen und sie analytisch als Kompensatoren für das Versagen von Steuerungsversuchen der regulativen Politiken begreifen (Mayntz 2005). Dieses Umdenken setzt sich in methodologischen Konzepten fort, die eine Umsetzung des neuen Steuerungs-Modus Governance ermöglichen und anleiten sollen.⁵

⁴ Die interdisziplinären Übersetzungsschwierigkeiten kann man sich systemtheoretisch ebenso klar machen (Teubner 2004: 17 ff.). Die normativen Anschlussfragen wären freilich anders zu formulieren.

⁵ „Governance durch Regelungsstrukturen“, die von Schuppert (2005: 382) geprägte und inzwischen einflussreiche Formel (Franzius 2006 m. Nachw.), postuliert einen Zusammenhang zwischen Problemstruktur und Methodologie des Rechts in einer Form, die der oben (Abschnitt 2) angesprochenen Wende zur Prozeduralisierung des Rechts entsprechen dürfte. Im Folgenden soll es indessen um Spezifika Europas gehen, die dort „seit jeher“ Governance-Praktiken erzwungen haben: Europa verfügt nicht über eine eigene Verwaltung und ist doch nicht bereit, die Implementation europäischen Sekundärrechts den Mitgliedsstaaten zu überlassen, der schiere Umfang dieser Aufgaben überfordert die der Kommission zur Verfügung stehenden Ressourcen; die Art der zu bewältigenden Aufgaben erfordert die Einbeziehung von Experten und ist doch alles andere als bloß „technokratisch“; beides, die Quantität und die Qualität der

Hier sind wirkliche Fortschritte im Verhältnis zu jenen rechtstheoretisch-methodologischen Diskussionen der 80er Jahre zu verzeichnen.⁶ Eine Rückbesinnung erscheint mir dennoch aus zwei Gründen angezeigt. Zum einen befasst sich die eben zitierte aktuelle Governance-Forschung mit innerstaatlichen Phänomenen, so dass sie bei deren rechtlicher Bewertung immer noch einen übergreifenden institutionellen Rahmen voraussetzen kann. Zum anderen sind jene Diskussionen mit ihrer methodologischen Ausrichtung leichter an die Wende zum Kollisionsrecht anschließbar, die der 4. Abschnitt als Alternative zur Verabschiedung der Rechtsstaatlichkeit empfohlen wird.

In der gebotenen Kürze: Gegen Steuerungsphantasien, „command and control“-Regulierungen hat höchst nachdrücklich schon die in den 1980er Jahren formulierte rechtstheoretische Kritik am politischen und rechtlichen Interventionismus opponiert, um sich hieran anschließende auf die Suche nach Konzepten eines „post-interventionistischen“ Rechts zu begeben. Die Enttäuschung über die Wirkungslosigkeit rechtlicher „Zweckprogramme“ (zur Kategorie Luhmann 1972: 227 ff.) und die Besorgnisse über eine „Kolonialisierung der Lebenswelt“ durch sozialpolitische Programme und deren administrativ-rechtliche Umsetzung (Habermas 1981: 522 ff.) standen seinerzeit neben- und gegeneinander. Gemeinsam war beiden Richtungen die Einsicht, dass wirtschaftliche und soziale Prozesse in modernen Gesellschaften sehr viel komplexer eingebettet sind, als dies in jenen Dichotomien vorgesehen war, die Markt und Staat, Wirtschaft und Intervention, Recht und Politik gegeneinander stellten. Gesucht wurde nach einer neuen Rechtsrationalität, die den sozialstaatlichen Interventionismus und seine „materiale“ Rechtsrationalität ablösen sollten, ohne dabei in den klassischen rechtlichen Formalismus zurückzufallen und die ihm anhaftende Schwäche gegenüber Formen wirtschaftlicher und sozialer Macht in Kauf zu nehmen.⁷ Die neue Rechtsrationalität sollte zudem den Mythos entlarven, das Recht könne die soziale Wirklichkeit durch die „Anwendung“ von Gesellschaftstheorien in den Griff bekommen. Die „Prozeduralisierung“ der Rechtskategorie (Wiethölter, 1982/1983; Habermas 1992: 516 ff.; 1996: 337 ff., 378 ff.) und das Konzept eines „reflexiven“ Rechts (Teubner

Aufgaben, erzwingt vielfältige Koordinationen. Deshalb erscheint mir nach wie vor das Oxymoron „politische Verwaltung“ nicht unpassend, freilich auch erläuterungsbedürftig (s. Joerges 2000: Abschnitt 4.1), während ich der Forderung nach einer begrifflichen Fixierung nicht nachgeben möchte. Vgl. Fn. 8 und Abschnitte 2 sowie 3.1. und für einen in der Methodik ganz ähnlichen Ansatz Ladeur (2007).

⁶ Und dies nicht nur in Deutschland; eindrucksvoll für die amerikanische Verwaltungswissenschaft z.B. Freeman 2000; 2003.

⁷ Die wichtigste Referenz für dieses Dual war Max Weber (1967: 123-126; 329-343 – und ist dies nach wie vor (Kennedy 2004).

1982) waren die neuen einander mehr oder weniger unfreundlich gesonnenen Hoffnungsträger. Beide Strömungen haben sich mit sehr vielen Dimensionen der Praxis des Rechts befasst: mit Implementationsdefiziten, Alternativen zu hierarchischen „command and control“-Regulierungen (Teubner 1982, 1984), Alternativen zur strengen (gerichtlichen) Streitbeilegung, Alternativen zum „hard law“ usf. sowie der Einsicht, dass ein Recht, das sowohl die Effektivität wirtschaftlicher und sozialer Regulierung fördern als auch ihre breitere soziale Legitimität gewährleisten will, zur Re-Konzeptualisierung der konstitutionellen, administrativen und privaten Rechtssphären gezwungen wird und sich gleichzeitig auf eine kognitive Öffnung derjenigen normativen Erwartungsstrukturen einlassen muss, auf die es sich einstmals voll konzentrieren konnte.

Alle eben genannten Fragen sind nach der „Wendung zum Regieren“ erneut oder immer noch auf der Tagesordnung. Löst also bloß eine Irritation die nächste ab, wird eine ungemein facettenreiche Mode von einer Neuen Strömung abgelöst? Dies mögen Rechtshistoriker mit begriffsgeschichtlichen Neigungen klären. Ich möchte mich damit begnügen, drei Kontinuitäten hervorzuheben, die mir für den Übergang nach Europa wichtig erscheinen.

(1) Ein allenthalben virulentes Merkmal von Governace-Arrangements ist die Berücksichtigung von Expertenwissen, nicht etwa bloß von naturwissenschaftlichem Wissen, wie es für die Risikopolitik benötigt wird, sondern aller möglichen Arten von Sachverstand, der sich für Problemlösungen und Problem-Management anbietet. Dies ist ein sehr altes, auch schon im Nationalstaat verbreitetes Phänomen. Wolfgang Schluchter (1985/1972) hat es im Blick auf die Weber'sche Verwaltung durch das Dual von „Amtsautorität“ und „Sachautorität“ gekennzeichnet.

(2) Wenn die Verwaltung bei ihrer Aufgabenerfüllung sich nicht mit der Exekution von Normprogrammen begnügen kann, dann dringt mit dem Sachverstand, über den sie nicht selbst verfügt, die Gesellschaft in die Verwaltung ein, und es liegt dann auch nahe, gesellschaftliche Akteure in die „Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ einzubeziehen, nicht nur wegen ihres Sachwissens, sondern um ihre Management-Kapazitäten zu nutzen.

(3) Wichtig ist für die folgende Argumentation ist ein Phänomen, das in der Tradition der amerikanischen *Critical Legal Studies* als „Unbestimmtheit“ des Rechts (Kennedy 1986; Koskeniemi 1989) und „Fragmentierung“ (Marti Koskeniemi 2006) gekennzeichnet wird. In einer systemtheoretischen Perspektive hat Helmut Willke seinerzeit (1983: 66; sodann 1992: 177 ff.) den Begriff der komplexen Konfliktlagen geprägt, auf den der „Supervisionsstaat“

mit „Relationierungsprogrammen“ reagieren müsse.⁸ Man kann seine Befunde auch konventioneller beschreiben. Es gibt Probleme, für deren Behandlung verschiedene Zuständigkeiten koordiniert werden müssen, und es kann zwischen in Geltung gesetzten politischen Programmen Zielkonflikte geben, deren Lösung nirgendwo vorprogrammiert ist.

Dieser dritte Aspekt verweist auf die Unvermeidbarkeit und die Schwierigkeit einer Prozeduralisierung des Rechts. Koordinationsleistungen der eben bezeichneten Art werden faktisch in „Entdeckungsverfahren der Praxis“ erbracht. Welche normativen Qualitäten haben solche Abstimmungen? Unter welchen Voraussetzungen verdienen sie Anerkennung? Es soll in diesem Beitrag um Europa gehen und es muss daher genügen, die Problemstruktur und deren Verwandtschaft mit der europäischen Konstellation zu kennzeichnen: Auch im Innern der nationalstaatlichen Rechtssysteme gibt es die Notwendigkeit, inkompatible Rechtssätze oder kollidierenden Zielsetzungen zu koordinieren. Diese Koordinationsleistung lässt sich nicht zentral inhaltlich vorprogrammieren. Es handelt sich um eine Recht-Fertigung, die aus den Abstimmungsverfahren, in denen sie geschieht, ihre Legitimität gewinnen muss. Dies alles bringt die Diskurstheorie des Rechts in einige Verlegenheiten. Bei „politische(n) Entscheidungen von gesamtgesellschaftlicher Relevanz muss der Staat nach wie vor öffentliche Interessen wahrnehmen und gegebenenfalls durchsetzen können. Auch wenn er in der Rolle eines intelligenten Beraters oder Supervisors auftritt, der prozedurales Recht zur Verfügung stellt, muss diese Rechtssetzung mit Programmen des Gesetzgebers auf transparente, nachvollziehbare und kontrollierbare Weise rückgekoppelt bleiben“, hat Habermas (1992: 532) postuliert. Er hat damit die Notwendigkeit und die Schwierigkeit einer „Konstitutionalisierung“ dezentraler Rechtsproduktionen getroffen. Die Schwierigkeit ist eine doppelte: Problemlösungen sind auf *produktive* Leistungen *gesellschaftlicher* Akteure angewiesen, können also nicht inhaltlich vorprogrammiert werden. Die allein in Betracht kommenden prozeduralen Vorgaben müssen sich auf die Konzertierung *gouvernementaler* und *nicht-gouvernementaler* Akteure erstrecken (verschlüsselt und genial Wiethölter 2003). Hierauf wird im europäischen Kontext zurückzukommen sein.

8 Die Nähe zur Offenen Koordinierungsmethode (unten 3.5) und die Begrifflichkeit frappieren gleichermaßen. Relationierungsprogramme sollen Inhalte nicht programmieren und ihre Supervision muss dementsprechend zurückhaltend ausfallen. Immerhin bezog Willke sich damals noch auf nationalstaatlich organisierte Gesellschaften.

3. Neue und nicht so neue Formen Europäischen Regierens

Offiziell, unübersehbar und mit weit reichenden praktisch-politischen Ambitionen hat sich die Wende zum Regieren in Europe unter der Ägide der Prodi-Kommission vollzogen (Kohler-Koch/Rittberger 2006). Nun lassen sich Recht und Rechtswissenschaft durch eine wohlklingende und hoch autorisierte politische Agenda nicht ohne weiteres beeindrucken. Im Weißbuch zum Regieren (Kommission 2001) selbst finden sich sehr deutliche Spuren eines fachjuristischen, der traditionellen Gemeinschaftsmethode verpflichteten Widerstandes gegen etwaige, von der Politik- und Verwaltungswissenschaft inspirierte „Modernisierungstendenzen“ (Joerges 2002a; 2002b). Sehr deutlich spiegeln diese Kommunikationsschwierigkeiten die oben (Abschnitt 1) angesprochenen Differenzen der beteiligten Disziplinen wider. Dem fügt sich die Strukturierung der folgenden Abschnitte. Sie setzt nicht bei einer der inzwischen erarbeiteten Governance-Definitionen ein, sondern folgt chronologisch der Entwicklung der europäischen Praxis (3.1-5), um dann zu fragen, ob diese unsere „Anerkennung verdient“ (Abschnitt 4).

Diese rekonstruktiv-deskriptive Bestandsaufnahme trägt dem Umstand Rechnung, dass sich die „Wende zum Regieren“ gleichsam tastend, langsam und pragmatisch vollzogen hat.⁹ Die frühen Wegbereiter dieser Wende waren nicht wirtschafts- oder sozialwissenschaftliche think tanks, sondern Praktiker, Beamte und Richter, die sich gezwungen sahen, im Schatten und im Rücken der Verträge zu operieren. Sie taten früh, was die Praxis des Rechts stets kennzeichnet: Diese hilft sich in aller Regel wenig spektakulär, bleibt immer darauf bedacht, selbst tief reichende Neuerungen in die begrifflichen Gewänder der „bewährten“ Gemeinschaftsmethode zu kleiden oder doch als Umsetzung von

9 Auf diese Form einer deskriptiven Annäherung hat auf der in der Vorbemerkung genannten Berliner Tagung Renate Mayntz mit der Forderung nach einer übergreifenden Analytik reagiert. Nun ist aber die Art, in der die Rechtspraxis Neuerungen einführt und die Rechtswissenschaft sie reflektiert, ein Stolperstein interdisziplinärer Verständigungen, den man so leicht nicht aus dem Wege räumen kann und soll – nicht nur, aber gewiss auf Europäischer Ebene. Der Abwendung von der „Gemeinschaftsmethode“ und die Entwicklung alternativer Formen des Regierens weist eine geradezu exemplarische Verlaufstypik auf: (1) Die Praxis „entdeckt“ ein unabweisbares Bedürfnis und „handelt“. (2) Die interessierte und die akademische Fachwelt wird auf diese Irregularitäten aufmerksam und bemüht sich um ihre Rückbindung an gesicherte Rechtsbestände. (3) Je hoffnungsloser solche Bemühungen erscheinen, desto aussichtsreicher sind theoretische und methodische Innovationen und sogar interdisziplinäre Ansätze. Freilich kann das Rechtssystem mit seinen Alt-Beständen nicht so umgehen wie dies in der Politikwissenschaft in theoretischen Debatten um einen neuen Ansatz möglich und üblich ist.

Vorgaben der Rechtsprechung auszugeben. Erst im Zuge der Umsetzung des Binnenmarkt-Weißbuchs von 1985 (Kommission der EG 1985) wurde diese Zurückhaltung allmählich aufgegeben. Aus Optionen, die sich „ergeben“ hatten, wurden Ansätze und Regelungsmodelle, die sich als Institutionalisierungen spezifischer Handlungsrationaltäten auslegen lassen.

Das Formenspektrum des europäischen Regierens, das sich jenseits der überkommenen Gemeinschaftsmethode etabliert hat, ist ungemein reichhaltig geworden. Juristen pflegen sich, um eine Übersicht zu schaffen, an den institutionalisierten Handlungsformen zu orientieren und können so – subtile und raffinierte Differenzierungen vernachlässigend – fünf *modes of governance* unterscheiden.

3.1 *Das Ausschusswesen (Komitologie)*

Das europäische Ausschusswesen ist die älteste Form „neuen“ Regierens. Es ist dort entstanden, wo zuerst ein komplexes, europäische und nationale Akteure einbeziehendes Regieren unabweisbar war, nämlich in der Agrarpolitik (vgl. Falke 2000: 176 ff.). Im Zuge der Ausweitung und Vertiefung des Europäisierungsprozesses war der Aufstieg des Ausschusswesens unaufhaltsam. „Komitologie“ ist der rechtstechnische Begriff für die mit der Implementation gemeinschaftsrechtlicher Rahmenvorschriften betrauten Ausschüsse. Über diese Ausschüsse, die von den Verwaltungen der Mitgliedstaaten und den von diesen benannten Experten bestückt werden, organisiert die Kommission die gemeinschaftliche (ebenenübergreifend-kooperative) Verwaltung des Binnenmarktes in Politikfeldern wie Lebensmittelsicherheit, der Sicherheit technischer Produkte und der Arbeitssicherheit. Das Ausschusswesen muss den Mangel an genuinen administrativen Befugnissen der Gemeinschaft ausgleichen und gewährleistet – allen Klagen des Europäischen Parlaments zum Trotz – eine Kontrolle der Kommission durch die Mitgliedstaaten. Indem es nationale Organe einbezieht, fördert es aber auch die Akzeptanz europäischer Vorgaben in den Mitgliedstaaten. In den Ausschüssen werden die funktionalen und strukturellen Spannungen des Binnenmarktprojekts kleingearbeitet. Die Komitologie befasst sich nicht bloß mit technischen, sondern oft genug mit politisch sensiblen Themen; sie vermittelt zwischen funktionalen Erfordernissen und normativen Belangen. Die wechselhafte Zusammensetzung der Ausschüsse ergibt sich aus der Aufgabe, die unterschiedlichen Bestände an Fachwissen und regulativen Anliegen gegeneinander abzuwägen und zu einer Synthese zu bringen. Sie spiegelt aber auch die Interessenvielfalt und politischen Differenzen wider, die im Implementationsprozess ausgetragen werden müssen. Die Ausschüsse agieren häufig wie „Mini-Räte“: Sie dienen als Foren der Vermittlung zwischen Marktintegration und mitgliedstaatlichen Belangen, wobei tragfähige

Indizien darauf hinweisen, dass ihre Beratungen sachhaltig-deliberativ verlaufen (Joerges/Neyer 1997/1998).¹⁰

3.2 *Das Prinzip der gegenseitige Anerkennung als Governance-Praxis*

Im Anschluss an die legendäre *Cassis*-Entscheidung des EuGH (1979) hat die Kommission (1980) in einer Mitteilung, die dieses Urteil zu erläutern versprach, die Auffassung vertreten, aus dem vom EuGH entwickelten Prinzip der gegenseitigen Anerkennung für Europa sei zu folgern, dass Europa das „bessere Recht“ von nun an in einem Wettbewerb der Rechtordnungen finden könne und die Rechtsetzung eine entsprechende Zurückhaltung zu üben habe. Diese These haben viele aufgegriffen.

Es handelte sich indessen in jener Mitteilung um ein *wishful thinking*, dem sich die Praxis der Binnenmarktpolitik nicht fügen konnte und wollte. Sie konnte es nicht, weil die Annahme, dass Prozesse, die sich aus einer wechselseitigen Beobachtung von Rechtssystemen und der Wahrnehmung von Freiheitsrechten europäischer Marktbürger ergeben, als ein wettbewerbliches Entdeckungsverfahren begriffen werden könnten, auf allzu heroischen Prämissen beruhte. Der Schritt, den die Rechtsprechung getan hat, war normativ anspruchsvoller und so etwas wie ein „constitutional moment“: Die Mitgliedstaaten wurden nicht etwa mit Diskriminierungsvorwürfen konfrontiert oder mit freihändlerischen Geboten überzogen, sondern ihnen wurde abverlangt, die Berechtigung ihrer regulativen Belange darzulegen (Poiars Maduro 1998: 150 ff.). Seit dies offenbar wurde, ist die Diskussion um die wechselseitige Anerkennung intensiver und interessanter geworden (Mayer-Schönberger/Somek 2006; Nikolaïdes/Schmidt 2007). Der EuGH mag bei all dem die Grenzen seiner Autorität bedacht haben. Er hat aber auch normativ überzeugend judiziert. Denn auch und gerade im Bereich der Binnenmarktpolitik stellen sich immer wieder politisch sensible Fragen, die politische Systeme nicht einfach sich selbst überlassen sollten, deren Regelung aber der Gemeinschaft nicht möglich wäre.

10 Um die Virulenz eines weiteren, hier nicht zu vertiefenden Problems wenigstens anzudeuten: Die Komitologie muss zu politischen Problemen Stellung nehmen, verfügt aber keineswegs über die Kompetenzen, die für eine umfassende, insbesondere auf wirtschaftliche Asymmetrien kompensatorisch reagierende Problembehandlung nötig wären (vgl. bereits Joerges/Neyer 1997: 278 f., 293 f.). Man darf eben die Emergenz deliberativer Politikmodi nicht als transnationale Demokratie verstehen und ebenso wenig von der Etablierung wechselseitiger Beobachtungs-, Evaluations- und Beratungsmechanismen die Bewahrung wohlfahrtsstaatlicher Politiken erhoffen.

Was die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Grundfreiheiten stattdessen bewirkt hat, ist die Öffnung der nationalen Rechtssysteme für eine interne Kritik, die ihre Argumente allerdings auf Gesichtspunkte anderer Jurisdiktionen stützen darf. Nationale Gesetzgeber müssen die Sinnhaftigkeit ihrer Gesetze vor den Foren ihrer eigenen Gerichte und vor dem EuGH rechtfertigen. Das Europarecht liefert hierfür Maßstäbe – wie den der Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit – und verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Rücksichtnahme auf die Belange ihrer Nachbarn. Diese Prozeduralisierung des Rechts bedeutet nicht, dass den Bürgern Europas das Recht zugestanden worden wäre, das für sie jeweils günstigste Recht zu wählen, um so an die Stelle politisch-rechtlicher Auseinandersetzungen um das richtige Recht einen Wettbewerb der Rechtsordnungen zu setzen (exemplarisch am Beispiel des Gesellschaftsrechts Joerges 2006a: 161 ff.).

3.3 *Die „Neue Konzeption“ zur technischen Harmonisierung und Normung: „Private Transnationalism“*

Die (Erfolgs-)Geschichte der „Neuen Konzeption“ ist oft genug rekonstruiert worden (brillant Schepel 2005: 37 ff.). Hier sei lediglich Folgendes in Erinnerung gerufen: Die Bemühungen um die Beseitigung von nicht-tarifären Handelshemmnissen hatte die EWG in Dilemmata verstrickt, weil sie, gefangen im Paradigma der „Integration durch Recht“, den Binnenmarkt über die Harmonisierung der einschlägigen Normen der Mitgliedstaaten herstellen wollte. Diese erforderte „positive“ legislative Kraftakte in einem Umfang, der Sisyphus hätte erbleichen lassen. Daran änderte die Ablösung der alten Einstimmigkeitsregel des Art. 100 EWGV durch qualifizierte Mehrheitsentscheidungen im Jahr 1987 (Art. 100a EGV) allein nicht viel. Auch die Umsetzung der Pflicht zur wechselseitigen Anerkennung, die durch die *Cassis-de-Dijon*-Entscheidung (EuGH 1979) eingeführt worden war, erwies sich als im Einzelfall dornenreich und taugte grundsätzlich nicht zu großflächigeren Änderungen. Bezeichnenderweise waren die „privaten“ Normenwerke, die namentlich in Deutschland Anforderungen an die Produktsicherheit konkretisierten, keineswegs integrationsfreundlicher. Gegen diese sub-legalen Produktstandards, konnte die Gemeinschaft, weil es sich definitionsgemäß um bloß „private“ Handelshemmnisse handelte, durch Harmonisierungsmaßnahmen nichts ausrichten. Die List der „Neuen Konzeption“ verbarg sich in einem Bündel aufeinander abgestimmter Maßnahmen: Die Europäische Rechtssetzung entlastete sich wesentlich, dass sie sich von nun an damit begnügte, „wesentliche Sicherheitsanforderungen“ festzulegen. Deren „Konkretisierung“ wurde an gut aufeinander eingespielte Experten der europäischen und nationalen Standardisierungsorganisationen delegiert. Die Einbeziehung nichtstaatlicher Akteure bedeutete *de*

facto eine „Delegation“ gesetzgeberischer Kompetenzen, die freilich nicht offen eingestanden werden konnte. Dies mussten die Protagonisten der Neuen Konzeption durch die Fiktion überspielen, jene „wesentlichen Sicherheitsanforderungen“ programmierten die Arbeit der Normungsorganisationen zur Genüge.

3.4 Agenturen: Politisierung administrativen Handelns

Unabhängige Agenturen bildeten das institutionelle Kernstück der Vorstellungen Giandomenico Majones (1994) zur Entwicklung der EU i. S. eines „regulativen Staats“. Majones Anregungen fanden große Beachtung, wurden aber nie eins-zu-eins umgesetzt. Europa hat zwar die von ihm aus den USA mitgebrachte Begrifflichkeit übernommen und auch eine eindrucksvolle Anzahl von Einrichtungen geschaffen, die als Agenturen firmieren. Was diese neuen Entitäten „sind“ oder sein werden, ist noch nicht ausgemacht. So viel aber ist unumstritten: Die neuen europäischen Agenturen haben mit ihren amerikanischen Namensvettern, den Independent Regulatory Agencies, nur einen Namensbestandteil gemein. Sie sind keine sich selbst genügenden Verwaltungseinheiten und haben keine Rechtsetzenden Befugnisse. Befasst sind sie mit Zulassungsverfahren, z. B. von Arzneimitteln, oder mit allgemeinen, informellen, die „eigentliche“ Politik bloß anleitenden oder begleitenden Aufgaben der Informationsbeschaffung und -verbreitung. Die neuen europäischen Agenturen antworten also auf den Bedarf an marktkorrigierenden und sektorspezifischen Regulierungen gleichsam indirekt oder – den konzeptionellen Vorstellungen der Europäischen Kommission entsprechend – bloß als Exekutivorgane, die der Kommission zuarbeiten.

Dementsprechend wird in vielen offiziellen Verlautbarungen unterstellt, dass die Agenturen ihre Aufgaben „technokratisch“ erledigen könnten. Diese Vorstellung entspricht in der Tat ihrem semi-autonomen Status. Sie ist auch durchaus verträglich mit ihrer Funktion, den „Stakeholdern“ der Binnenmarktpolitik bei der Artikulation ihrer Interessen behilflich zu sein. Ebenso ist sie vereinbar mit der These, dass die „Verwaltung“ des Binnenmarktes mehr mit der „neutralen“ Unterstützung von Unternehmensaktivitäten als mit der Vorgabe und der Umsetzung politisch-sozialer Programmatiken zu tun hat. Aber die rechtliche Einordnung der Agenturen als bloße Hilfsorgane der Kommission ist dennoch unvollständig, wenn nicht gar irreführend. Trotz ihrer förmlichen Unterordnung und trotz der Mitgliedschaft von Vertretern nationaler Behörden in ihren Management-Gremien scheinen die Agenturen dank ihrer Gründungsstatuten (Richtlinien und Verordnungen des Rates), ihrer organisatorischen Stabilität, der relativen (und im Einzelnen unterschiedlich ausgestalteten) Autonomie ihrer Haushalte und infolge ihrer Vernetzung mit nationalen

Verwaltungen von direkten, explizit politischen Einflussnahmen recht gut abgesichert zu sein (Everson 2005). Freilich bedeuten all diese Einbindungen auch, dass die Agenturen ihre Programmatiken nicht autonom entwickeln können, sondern sich als eine reorganisierte Komitologie darstellen, deren Befugnisse sich *de jure* auf die Form der Beratenden Ausschüsse beschränken.

3.5 Die Offene Methode der Koordinierung (OMK): „Abschied vom Recht?“¹¹

Die sog. Offene Methode der Koordinierung kann sich, was ihre Erfolgsbilanz angeht, mit den bislang skizzierten Formen des Regierens nicht messen. Dennoch hat sie seit der Einführung des neuen Titels VIII zur Beschäftigung im Vertrag von Amsterdam und nach der Empfehlung des Europäischen Rats in Lissabon im Jahr 2000, die „Offenen Methode der Koordinierung“ (OMK) in Bereichen der Sozialpolitik zur Anwendung zu bringen, große Aufmerksamkeit erlangt und ist zur „new mode of governance“ schlechthin avanciert (statt vieler Gerstenberg/Sabel 2002; De Búrca/Scott 2006; Sabel/Zeitlin 2007). Die OMK bezieht ihre Popularität aus der Erwartung, Abhilfe in Bereichen zu schaffen, in denen politische Akteure einen erheblicher Handlungsdruck verspüren, in denen aber der Vertrag ihnen keine legislativen Kompetenzen einräumt und in denen mit der traditionellen Gemeinschaftsmethode ohnehin wenig auszurichten wäre. Was Juristen begriffliche und methodische Kopfschmerzen bereitet, ist vor allem der Handlungsmodus: An die Stelle rechtlicher Verbindlichkeit und Sanktionierbarkeit legislativen und administrativen Handelns tritt im Prozess der Koordinierung ein Verfahren der multilateralen Supervision, in welchem anhand der vom Europäischen Rat, dem Rat und der Kommission festzulegenden Leitlinien oder Indikatoren (*benchmarks*) eine wechselseitige, systematische Überprüfung (*multilateral surveillance*) und Bewertung der Leistungen der einzelnen Regierungen im Rat (*peer review*) erfolgt. Die öffentliche Wahrnehmung dieser Politikkoordinierung und der Vergleich der bewährten Praktiken (*best practices*) sollen den notwendigen Erfolgs- und Leistungsdruck für eine Anpassung und Änderung der nationalen Politiken auf Mitgliedstaatenebene auslösen (skeptisch z. B. Schäfer 2005: 190 ff.). Gerichtsschutz gegen solcherart politische Herrschaft, geschweige denn deren verfassungsgerichtliche Prüfung ist nicht vorgesehen. Derartige Vorkehrungen müssen ja auch geradezu disfunktional erscheinen, wenn politisches Handeln außerhalb verfassungs- und europarechtlich vorgesehener Kompetenzen organisiert werden soll – sei es in der Sozialpolitik, der Bildungspolitik, der Harmonisierung des Zivilrechts in Europa.

11 Die Anführungszeichen stehen für eine weitere Reminiszenz: Voigt 1983.

4 Ein supranationales Kollisionsrecht neuen Typs als Form der Verfassung Europas

Die Gründe, die für die Entwicklung der para-legalen Praxis europäischen Regierens ins Feld geführt werden, sind aus der Kritik am interventionistischen Recht zu einem gute Teil bekannt: Es geht um komplexe Konfliktlagen, die sich nicht zentralistisch-hierarchisch bewältigen lassen; das positive Recht stellt nur noch einen Rahmen zur Verfügung, in dem eine Problemlösung erarbeitet werden muss. Zwei Eigenheiten des europäischen Systems bereiten zusätzliche Schwierigkeiten.

Auch wenn der Nationalstaat nicht in der Lage ist, Problemlösungen zu programmieren und von einer Verwaltungshierarchie exekutieren zu lassen, so ist doch seine Integrationskraft, die für kohärente Problemlösungen erforderlich ist, stärker als die des europäischen Mehrebenensystems: In Europa muss Recht lernen, zwischen verschiedenen Kompetenzebenen zu vermitteln, deren rechtliche Bindungen schwächer sind als die eines föderalen Systems. Diese Schwierigkeit lässt sich, so soll im Folgenden gezeigt werden, durch eine kollisionsrechtliche Deutung des Europarechts bewältigen (2.2.1). Wenn das Recht darüber hinaus das Verhältnis zwischen politisch verantwortlichen (öffentlichen) Institutionen und der Eigenleistungen einer sich selbst regulierenden privaten Sphäre organisieren muss, um deren Wissen und Managementkapazitäten nutzen zu können, so muss es seine Koordinationsleistungen entsprechend ausweiten. Schon in der bloßen Deskription der Praktiken europäischen Regierens ist dabei eine Tendenz sichtbar geworden, die Politikwissenschaftler augenscheinlich weniger irritierend finden als Juristen: Die Formen des Regierens, deren Europa sich bedient, waren in den Verträgen nicht oder doch „so nicht“ vorgesehen. Dieses Ausweichen in extra-legale Handlungsformen wird zunehmend durch eine Entformalisierung verstärkt, die im Falle der OMK bis zum Regieren jenseits der Kompetenzordnung des Vertrages reicht und dann konsequenterweise auch ganz ohne Recht auszukommen versucht. Auf all diese Schwierigkeiten soll ein europäisches „Kollisionsrecht zweiter Ordnung“ reagieren (4.2).

4.1 *Unitas in Pluralitate: Das europäische Kollisionsrecht Erster Ordnung (Deliberativer Supranationalismus I)*

Die Antwort auf die erste Schwierigkeit hält sich an den Rahmen eines Vorschlags, den Jürgen Neyer und ich (Joerges/Neyer 1997/1998) vor 10 Jahren entwickelt haben, als wir forderten, einen „deliberativen“ an die Stelle des traditionellen oder orthodoxen Supranationalismus im Europarecht zu setzen –

ein Ansatz, den wir weiterhin verfolgen (Joerges 2006b/Neyer 2006). Der Deliberative Supranationalismus wurde am Beispiel einer seinerzeit theoretisch kaum beachteten, aber praktisch längst bedeutsamen Form europäischen Regierens, nämlich der Komitologie, entwickelt und zwar in legitimatorischer Absicht. Die Komitologie, so fanden wir nämlich, funktioniert weit besser, als dies ihr opakes Erscheinungsbild vermuten lasse. Freilich haben wir weder behauptet, dass deliberative Prozesse in transnationalen Gremien eine Demokratie-Ersatz seien; noch weniger wollten wir eine transnationale Funktionsbürokratie als Herrschaftsmodus für Europa empfehlen. Wir wollten stattdessen die übliche Auseinandersetzung mit dem Demokratiedefizit Europas unterlaufen. Der Kern des Arguments war und ist: Statt immer wieder darüber zu klagen, dass Europa nicht den Standards demokratischer Verfassungsstaaten entspricht, kommt es darauf an, sich den strukturellen Demokratiedefiziten der Nationalstaaten zu stellen und zu fragen, was das Europarecht zu deren Beseitigung beitragen kann.

Die Begründung für diese Wendung ist schlicht: Europäisierungs- und Globalisierungsprozesse verstärken die, um einen kollisionsrechtlichen Terminus zu verwenden, „extraterritorialen“ Effekte politischer und wirtschaftlicher Entscheidungen und untergraben gleichzeitig die Wirkungsmacht nationalstaatlicher (kollisionsrechtlich gesprochen: „einseitiger“) Politiken. Es ist zunehmend undenkbar, dass ein Mitgliedstaat der EU signifikante politische Entscheidungen trifft, die sich nur innerhalb seines eigenen Territoriums auswirken würden. Dies hat demokratie-theoretische Implikationen: National organisierte Verfassungsstaaten sind strukturell außerstande, demokratisch zu agieren, insofern sie nicht all diejenigen, die von nationalstaatlichen Entscheidungen betroffen sind, in die Wahlverfahren, in denen sie über ihre politischen Programme befinden, einbeziehen können. Und umgekehrt: Die Bürger der Mitgliedsstaaten Europas können eine Vielzahl „fremder“ politischer Akteure nicht zur Verantwortung ziehen, die über ihre Belange entscheiden.

So ist die supranationale Geltung europäischen Rechts nicht begründet worden. Die List der Vernunft aber will es, dass sich so das methodisch-theoretisch ungemein kühne und praktisch so erfolgreiche Votum des EuGH für eine europäische Rechtsverfassung (EuGH 1963) rationalisieren lässt. Der europäische „Bund“ hat zu einer Rechtsverfassung gefunden, die nicht auf eine Staatswerdung Europas abzielen muss, sondern ihre Legitimität daraus gewinnen kann, dass sie Demokratiedefizite der Nationalstaaten ausgleicht. Eben darum geht es beim „Deliberativen Supranationalismus“. Das real existierende Europarecht habe, so unsere Argumentation, Prinzipien und Regeln in Geltung gesetzt, die deshalb supranationale Anerkennung finden und verdienen, weil sie ein sinnfälliges Gemeinschaftsprojekt darstellen. Dies alles ist nicht bloß *wishful thinking*. Man muss nur hinschauen: Europa verfügt längst über ein

Recht, das die Gemeinschaft zu einer die politische Autonomie der Mitgliedstaaten schonenden und die Mitgliedstaaten zu einer gemeinschaftsverträglichen Rechtspolitik anhält (Scharpf 1993). Die Mitgliedstaaten dürfen nicht diskriminieren und müssen Belange ihrer Nachbarn berücksichtigen. Die Bürger Europas können Verfahren in Gang bringen, in denen ihr Heimatstaat zur Rechtfertigung seiner Gesetzgebung gezwungen wird. In der vertrauteren Sprache des *acquis communautaire*: Die Staaten der Union können ihre Interessen und Gesetze nicht nach eigenem Gutdünken konzipieren und durchsetzen; sie dürfen ausschließlich gemeinschaftsrechtlich anerkannte Regelungsziele verfolgen; bei der Verfolgung solcher Ziele müssen sie das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachten.¹²

Die rechtliche Form, in der diese Aufgabe des Europarechts realisiert werden kann, steht in der Methodik des Kollisionsrechts zur Verfügung. Das Kollisionsrecht ist eine alte Disziplin, die in ihrer „modernen“ Entwicklung, die in Deutschland 1848 einsetzte, zunächst einmal selbst insofern nationalstaatlich blieb, als es in internationalen Sachverhalten eine der Rechtsordnungen, zu denen der Fall eine Beziehung aufwies („in der das Rechtsverhältnis seinen Sitz hat“), für anwendbar erklären wollte. Traditionales Kollisionsrecht (Internationales Privatrecht; Internationales öffentliches Recht) verweigert fremdem „öffentlichen“ Recht die Anwendung und bestimmt den Geltungsbereich eigenen öffentlichen Rechts „einseitig“. Es ist das Paradebeispiel eines „methodologischen Nationalismus“ (Zürn 2001). Aber kollisionsrechtliches Denken hat ein weiter weisendes Potential: Es kann überall da genutzt werden, wo in ihrem Inhalt und ihren Zielsetzungen divergierende Rechtssätze aufeinander treffen und koordiniert werden müssen, im Innen- oder im Außenverhältnis einer Rechtsordnung (Wiethölter 1977; Teubner 2003; Fischer-Lescano/Teubner 2006). Diese genannten Autoren kann ich für mein Verständnis des Europarechts nicht in Anspruch nehmen, wohl aber für die Einsicht, dass das Recht, wenn es mit kollidierenden legitimen Geltungsansprüchen demokratisch legitimierter Rechtsordnungen befasst ist, kollisionsrechtlich denken und prozedurale Methoden der Konfliktbehandlung finden muss. Dieses europäische Kollisionsrecht muss als ein „law of law-making“ (Michelman (1999: 34), ein „Recht-Fertigungs-Recht“ (Wiethölter 2003) verstanden werden.

¹² Von einer systematischen Diskussion der Frage, welchen politischen Zusammenhalt das *supranationale* Kollisionsrecht voraussetzen muss, sehe ich an dieser Stelle ab. Wie schon in der Vorbemerkung angedeutet, meine ich, dass es an die Renaissance des „Bundes“ anknüpfen kann (Schönberger 2004: 88 ff.; Preuß 2005: 511 ff.; Ofte/Preuß 2006: 10 ff.). Auch auf das von Weiler (2001) zum normativen Kern der Union erklärte „Principle of Tolerance“ kann dieses Kollisionsrecht bauen.

Diese kollisionsrechtliche Sichtweise behält die Supranationalität des Europarechts bei, gibt ihr aber eine andere Bedeutung. Sie entlastet das Europarecht von unerfüllbaren praktischen und legitimatorischen Zumutungen. Sie öffnet zugleich den Blick für die vielfältigen vertikalen, horizontalen und diagonalen¹³ Konfliktlagen im europäischen Mehrebenensystem. Es fördert die Einsicht, dass der Prozess der Europäisierung auf flexible und vielfältige Konfliktlösungen setzen sollte, statt sich der Perfektionierung eines immer umfassenderen Rechtscorpus zu verschreiben.¹⁴

4.2 *Die Verrechtlichung europäischer Governance-Praktiken durch ein Kollisionsrecht Zweiter Ordnung (Deliberativer Supranationalismus II)*

Die Plausibilität einer kollisionsrechtlichen Deutung europäischer Governance-Praktiken ist bei der wechselseitigen Anerkennung augenfällig, und sogar die prozedurale Form dieses Prinzips ist sozialwissenschaftliche rekonstruierbar (als „managed mutual recognition“, Nikolaïdes 2005). Aber die kollisionsrechtliche Interpretation des Europarechts braucht sich nicht auf dieses Exempel zu beschränken. Sie ist auch bei weiteren Formen des Regierens, namentlich für die Komitologie einleuchtend. Die Komitologie-Verfahren wurden im Zuge der „Vollendung“ des Binnenmarktes genutzt, um das Binnenmarktprojekt mit Anliegen der „Sozialregulierung“ (des Arbeits-, Verbraucher-, Umweltschutzes) verträglich zu halten. Die Rahmenregelungen, die hierbei „durchgeführt“ werden, verwenden typischerweise generalklauselartige Formeln, die diese Koordination nicht inhaltlich programmieren wollen, sondern darauf setzen, dass sich für alle Mitgliedstaaten akzeptable Konkretisierungen finden werden. Vielfach geht es um Problemlagen, für deren Bearbeitung die Berücksichtigung von Expertenwissen unerlässlich ist und die deshalb eine kognitive Öffnung des Rechts erfordern. Es ist die Beteiligung der Mitgliedstaaten durch ihre Vertreter in den Regelungsausschüssen i. V. m. der Beratung durch eine plurale *expert community*, die beides sichern soll: die politische

13 Diese Konflikte entstehen durch die Zuweisung von für die Problemlösung benötigten und daher sachlich zusammenhängenden Kompetenzen an unterschiedliche Regierungsebenen (Schmid 2000). Aus dem Prinzip der beschränkten Einzelermächtigung folgt, dass die Vorrangsregel hier keine Anwendung finden darf.

14 Dies ist mit der Existenz europäischen Sekundärrechts sehr wohl vereinbar und stellt nicht etwa dessen Legitimität grundsätzlich in Frage. Es gibt wichtige Problembereiche, in denen das „Kollisionsrecht Zweiter Ordnung“ nicht genügt und der „Bund“ supranationales Sachrecht entwickeln muss. Systematisch kann diese Frage hier nicht behandelt werden.

Legitimität und die Sachhaltigkeit der erarbeiteten Regelungen. Schutzklauselverfahren, die in Gang gebracht werden, wenn neue Erkenntnisse gewonnen werden oder eine Regelung sich als unzulänglich erweist, stärken deren normativ-prozedurale Qualität. Eine kollisionsrechtliche Interpretation dieser Form des Regierens ist angemessen, weil es um Koordinationsleistungen für einen Verbund relativ autonomer Staaten geht, die ohne einen hierarchisch geordneten oder wenigstens einheitlich strukturierten Verwaltungsapparat auskommen muss. Freilich, eine, die Anerkennungswürdigkeit der Komitologie sichernde „Konstitutionalisierung“ muss sich einer ganzen Reihe weiterer Fragen zuwenden: der Bestellung und Funktion der Expertenzirkel, die in den Entscheidungsprozess einbezogen werden sollen; der Verbindungen zu parlamentarischen Gremien einerseits, zur Zivilgesellschaft andererseits; der Besonderheiten ethischer Fragen; der Berücksichtigung distributiver Implikationen regulativer Politiken; der Revidierbarkeit getroffener Festlegungen im Hinblick auf neue Erkenntnisse oder Wandlungen gesellschaftlicher Präferenzen. Wegen der Komplexität dieser Anforderungen sind die häufig vernehmbaren Hoffnungen auf einen europäischen *Administrative Procedures Act* nach US-amerikanischem Muster unbegründet (Corkin 2007: Kap. V G). Ein solcher Schritt droht, die Verselbständigung der Exekutivmächte in Europa zu begünstigen. „Die EU lässt sich derzeit begreifen als ein dezentrales, territorial differenziertes, von Eliten dominiertes transnationales Verhandlungssystem“ – diese generalisierende Beschreibung der EU bei Ulrich Beck und Edgar Grande (2007: 85) passt *cum grano salis* auch auf die Komitologie. Wenn und weil dies der Fall ist, verdient eine „kollisionsrechtliche Konstitutionalisierung“ gegenüber einer administrativen Verrechtlichung den Vorzug.

4.3 Zwischenergebnis

Wir fassen zusammen und halten fest: Das europäische Mehrebenensystem ist auf ein Recht angewiesen, das seine Funktionsfähigkeit sichert, ohne auf eine Staatswerdung oder auch nur ein umfassendes oder vereinheitlichtes Recht zu zielen. Dies kann sich und dies soll sich, um die glückliche Formulierung des verunglückten Verfassungsvertrags aufzugreifen, auch nicht ändern: „In Vielfalt geeint“ – dies soll „der Leitspruch der Union“ werden, heißt es dort.¹⁵ Man darf übersetzen: Es ist nicht die Beseitigung der Vielfalt, sondern vielmehr deren Achtung, durch die Europa sich auszeichnen soll – und es sollte, was die Vielfalt seiner Rechtstraditionen angeht, der Umgang mit Rechtsdifferenzen sein, der das *proprium* des post-nationalen EU-Rechts ausmacht. Das kollisi-

15 Art. I-8 des Vertrages über eine Verfassung für Europa, ABl. C 310/1 v. 16.12.2004.

onsrechtliche Verständnis des Europarechts ist ein Interpretationsangebot, das eben diesem Spezifikum Rechnung tragen will. Kollisionsrecht, auch das prozeduralisierte, ist supranationales „hard law“. Es soll Europa wirklich verfassten und steht so in der Tradition der „Integration durch Recht“.

Die Komplexität dieses Rechts hängt damit zusammen, dass die europäischen Governance-Arrangements immer umfassender geworden sind, dass Entscheidungen weder an supranationale Expertengremien delegiert noch der Europäischen Kommission anvertraut, aber auch nicht an nationale parlamentarische Gremien zurückverwiesen oder in die Letztverantwortung des Europäischen Parlaments gestellt werden können. Die Schwierigkeit, zu europaweit verbindlichen Problemlösungen zu kommen hat ihr *fundamentum in re* darin, dass es tatsächlich vernünftig erscheint, keine irreversiblen Festlegungen zu treffen, sondern nationale und transnationale Dauerdiskurse zu organisieren, an denen sich politische Akteure und Expertengremien beteiligen und in denen die Zivilgesellschaft sowie die allgemeine Öffentlichkeit Gehör finden.

Die kollisionsrechtliche Deutung Europas nimmt seine Vielfalt ernst. Sie sieht keine unsichtbare Hand vor, die dafür sorgen würde, dass „autonomieschonende und gemeinschaftsverträgliche“ Konfliktlösungen nicht bloß erdacht, sondern auch umgesetzt würden. Sie kann nur geltend machen, dass es in der EU Voraussetzungen gebe, die eine deliberative, durch Regeln und Prinzipien gebundene Form der politische Kommunikation begünstigen, in der Argumente nur akzeptiert werden, wenn sie den Betroffenen einleuchten und die sich nicht darauf beschränkt, partikulare Interessen lediglich strategisch umzuformulieren. Die kollisionsrechtliche Deutung Europas ist realistisch, weil sie diese Fragilität des Systems eingesteht.¹⁶

Dies gilt auch für die alten und neuen Governance-Praktiken Europas. Ob eine Konstitutionalisierung dieser Praktiken gelingt, ist eine offene Frage. Die einzig denkbaren Reaktionsformen, mit denen das Recht auf ihre Anerkennungswürdigkeit hinwirken kann, sind prozeduraler Natur: Transparenz, Pluralismus, Öffnungen von Beratungs- und Entscheidungsprozessen, inkrementalistische Verrechtlichungsstrategien und Reversibilitätsgarantien, Rücksichtnahmen auf ethische Vorbehalte, Evaluationen durch nationale und supranationale parlamentarische Gremien: Das Recht kann die deliberative Qualität

16 Auch darin bleibt der kollisionsrechtliche Ansatz sowohl der Habermas'schen Diskurstheorie des Rechts als auch der Tradition der „Integration durch Recht“ verpflichtet, jedenfalls jener Version, die Weiler (1981) mit seinem Dualismus von rechtlicher Supranationalität und politischer Intergouvernementalität entwickelt hat: nichts in dieser Konstruktion garantierte die Stabilität des Gleichgewichts beider Integrationsmodi, die Weiler in der formativen Phase des Integrationsprozesses diagnostiziert hat.

europäischen Regieren fördern, sie aber nicht aus eigener Kraft garantieren.

5. Aussichten

M. Rainer Lepsius (2000) hat die „Wandelverfassung“ (Ipsen 1987: 201) des Europäisierungsprozesses als eine Geschichte der Institutionalisierung unterschiedlicher Rationalitätskriterien rekonstruiert. Der Terminus ist für eine Qualifikation der verschiedenen dem Recht in der wechselvollen Integrationsgeschichte zugewiesenen Funktionen verwendbar, in der sich drei Perioden unterscheiden lassen: (1) Die „Integration durch Recht“, in der es dem EuGH gelang, im beschaulichen Luxemburg unauffällig und erfolgreich eine „constitutional charter“ zu schreiben, die politische Krisen überdauern sollte, verdankte diese Integrationskraft wohl dem Umstand, dass diese Charta sich mit Regeln und Prinzipien begnügte, die dem Integrationsprojekt keine inhaltliche Programmatik zu oktroyieren sollten, weder eine Wirtschaftsverfassung ordoliberalen Zuschnitts, noch einen technokratischen Managerialismus, wie ihn Ipsen in seiner Zweckverbandsthese konzipiert hat (Ipsen 1972: 197 ff.; dazu Kaufmann 1997: 174 ff.). (2) Eine entschieden ökonomische Orientierung vollzog sich später, nämlich im Zusammenhang mit dem Binnenmarktpolitik der Delors-Kommission, als die Wettbewerbsfähigkeit Europas und seine ökonomische Effizienz das zu behäbig wirkende Recht verdrängen sollten – um dennoch eine unerwartet intensive Re-Regulierung des Binnenmarktes zu initiieren. (3) Der von der Prodi-Kommission ausgerufene „turn to governance“ ist als Versuch begreifbar, auf die im Schatten der Binnenmarktpolitik entwickelten Praktiken zu reagieren, ihre pragmatischen und legitimatorischen Schwächen auszugleichen und neue Perspektiven für ein demokratisch reformiertes „gutes europäisches Regieren“ zu entwickeln.

Wie in den vorausgegangenen Perioden muss man freilich zwischen der Ankündigung einer Programmatik und ihrer Umsetzung unterscheiden. Die Frage, was sich „wirklich“ vollzieht, ist Gegenstand jener 3.345 Schriften, auf die in Fn. 1 verwiesen wurde. Man kann dies nicht alles überblicken, geschweige denn besserwisserisch evaluieren. Cassandra-Rufe sind nicht angebracht. Wem an der Idee einer rechtlich vermittelten Legitimation des Regierens gelegen ist, kann aber besorgte Anfragen nicht unterdrücken.

1.

Die Komitologie funktioniert vernünftig, so haben Jürgen Neyer und ich vor einem Jahrzehnt (1997/1998) in unseren Studien zum Lebensmittelsektor (nicht zum Agrarsektor, schon gar nicht zu seiner veterinärrechtlichen Sektion!) überrascht festgestellt. Wir hatten miteinander konkurrierende wissen-

schaftliche Denkschulen und sachhaltige Diskussionen um öffentliche Interessen und Strategien des Risikomanagements beobachtet und folgerten, es komme darauf an, einen Rechtsrahmen zu entwickeln, der diese Praxis stabilisieren und die kafkaesken Züge der Komitologie korrigieren würde. Seither ist mancherlei geschehen. Die Kommission hatte i. J. 2002 eine Neuregelung vorgeschlagen,¹⁷ die im Europäischen Parlament missfiel, aber in dem Verfassungsvertrag Berücksichtigung fand¹⁸ (näher Bradley 2006). Schließlich kam es durch eine Ratsentscheidung vom Juli 2006¹⁹ zu einer Reform. Sie stärkt die Mitwirkungsrechte des Parlaments da, wo eine Regelungsmaterie dem Verfahren (Art. 251 EGV) unterliegt;²⁰ sie beseitigt insoweit – und nur insoweit – ein Skandalon des Regelungsausschussverfahrens, nämlich die Entscheidungsmacht der Kommission in Fällen des sog. *contre-filet*-Verfahrens, in denen ein Kommissionsvorschlag im zuständigen regulativen Ausschuss keine qualifizierte Mehrheit findet, daher an den Rat überwiesen wird, der sich aber nicht zu einer Abweisung des Vorschlags durchringt. Eine umfassende Reform, die der Komitologie eine zureichende Rechtsverfassung gegeben hätte, ist bei all dem nicht erreicht worden.²¹ Ein solcher Reformschritt hätte die Bereitschaft von Kommission, Rat und Parlament vorausgesetzt, ihre jeweiligen institutionellen Interessen und Perspektiven zur Disposition zu stellen.²²

17 KOM(2002) 719 endg. v. 11. Dezember 2002.

18 Vgl. Art. 36-37 sowie die Empfehlungen der Arbeitsgruppe IX des Konvents (i.V.m. dem Amato-Bericht – CONV 424/02; <http://european-convention.eu.int/>).

19 Ratsbeschluss 2006/512/EG v. 17.7.2006, ABl. L 200/2006, 11; konsolidierte Fassung in ABl. C 255/2006, 4.

20 Article 5a („Regelungsausschussverfahren mit Kontrolle“).

21 Typ IIIa des Regelungsausschussverfahrens nach Komitologiebeschluss 87/1967/EWG, ABl. L 197/1997, 33 (dazu Falke 2000: 60 ff.); Art. 5 VI UAbs. 3 nach dem Komitologiebeschluss 1999/468/EG, ABl. L 184/1999, 23 (dazu Falke 2000: 101 ff.).

22 Einen – unrühmlichen – Beleg für die mangelnde verfassungspolitische Sensibilität der Akteure bietet das Zulassungsverfahren für die BASF-Kartoffel Amflora, mit dem die einst so untergründige Komitologie breite Resonanz findet (statt vieler vgl. www.stern.de - 17.7.2007 - 10:22 <http://www.stern.de/wirtschaft/unternehmen/593213.html?nv=sml>). Das Zulassungsverfahren wird nach der Richtlinie 2001/18/EG gemäß dem alten Komitologie-Beschluss von 1999 (1999/486/EG) abgewickelt. Danach wird in strittigen Fällen die Europäische Lebensmittelagentur konsultiert. Deren Unbedenklichkeitsbescheinigung hat im zuständigen Regelungsausschuss indes nicht zu einer Befürwortung der Zulassung mit der erforderlichen qualifizierten Mehrheit geführt. Deshalb hat die Kommission die Angelegenheit dem Rat unterbreitet und das Parlament hiervon unterrichtet. Wenn der Rat sich nicht zu einer qualifizierten Mehrheit findet, ist nach dem *contre filet*-Verfahren die Kommission zur Entscheidung befugt. Die Kommission hat bereits deutlich gemacht, dass sie die Zulassung befürworten wird. Dieser Umgang mit dem politisch hochsensiblen Thema wird die Legitimität Europas nicht fördern.

Ist die neue Welt der Agenturen besser?²³ Das bis vor kurzem interessanteste Beispiel ist die im Jahre 2002 eingerichtete Behörde für Lebensmittelsicherheit.²⁴ Dass diese Agentur zu Rechtsentscheidungen (die dann direkt gerichtlich überprüfbar wären) nicht befugt ist, wurde schon angemerkt (oben 2.1). Ihr Mandat und ihre Macht sind von einer anderen Art. Sie soll, wie es im 22. Erwägungsgrund im Kommissions-Übersetzungsdeutsch heißt, „das Vertrauen der Verbraucher und der Handelspartner“ stärken. Wie soll dies geschehen? Instruktiv ist die Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens für gentechnisch modifizierte Lebensmittel (Dabrowska 2006: Kap. 4). Die Agentur hat hier die bestmögliche wissenschaftliche Begutachtung von Zulassungsanträgen zu organisieren. Sie trägt Wissensbestände zusammen, an denen kein Entscheidungsträger vorbeigehen kann. Wird sie so die Irritationen der europäischen Konsumenten abbauen? Der Verordnungstext selbst vertraut hierauf nicht. Art. 37 Abs. 2 gewährleistet die Unabhängigkeit der wissenschaftlichen Beratung von jeglichen externen Einflussnahmen. Nach Art. 37 Abs. 1 sind auch die Mitglieder des Verwaltungsrats, des Beirats und der Geschäftsführende Direktor unabhängig. Deren Unabhängigkeit soll sie aber nicht so wie die Wissenschaft abschirmen; sie soll sie zum Handeln „im öffentlichen Interesse“ verpflichten. Dies ist ein Begriff, der sich den politischen Dimensionen der Lebensmittelmärkte öffnet. Es kommt nicht von ungefähr, dass sich in der Zusammensetzung des Verwaltungsrats (Art. 25), des Beirats (Art. 27) und der Vorschriften zur Wissenschaftlichen Beratung (Art. 28) die aus den Komitologie-Verfahren bekannte Trias wieder findet.

„Demokratisch wäre ... ein politisches System, das eine Opposition vorsieht, die die Regierung übernehmen kann [...] und sich darauf einzustellen hat. Demokratisch ist also ein Regime, dass die Opposition durch Aussicht auf Regierungsübernahme motiviert und zugleich diszipliniert. Das setzt Möglichkeiten der Abwahl einer Regierung voraus und auf der Ebene der Organisation die Existenz von politischen Parteien, die Wahlgewinne und Wahlverluste, also die Übernahme der Regierungsgewalt und die Rückkehr in die Opposition überdauern können.“ Der dies schrieb (Luhmann 1998: 106), hat sich mit normativen Demokratie-Theorien nicht identifiziert. Er hat umso klarer soziologisch gesehen, was auf dem Spiel steht: Wenn Fragen von politischem Gewicht der politischen Auseinandersetzung entzogen werden, wird dies zur Opposition gegen das EU-System als Ganzes führen.

23 Die in Berlin vorgelegte Fassung hatte die Agenturen zu pauschal als eine weitere Variante der Entformalisierung europäischen Regierens dargestellt. Dagegen haben in Berlin Hans-Heinrich Trute und in Florenz Maria Weimer Verwahrung eingelegt. Dem trägt der Abschnitt Rechnung, ohne die Rechtsbindungen der Agenturen abschließend zu beurteilen.

24 VO 178/2002, ABl. L 31/2002, 1.

In der Institutionalisierung der Unabhängigkeit, des öffentlichen Auftrags und der Rahmenbedingungen des Agenturhandelns findet Everson (2005) faszinierende Perspektiven einer „politischen Verwaltung“ des Binnenmarktes, in der das Recht sich behaupten kann:

„Within a context of ‘arguing’ rather than ‘bargaining’, a political administration might identify the appropriate basis for regulatory self-restraint; the context specific primacy of competing public interests. In short, ‘effective problem-solving’ is a criterion that matches the Commission’s desire to ensure the factual legitimacy of European regulatory bodies ... whilst deliberation augments the normative legitimacy functions of ‘accountability’, especially as regards the adequate representation of all civil society interests” (196).... [T]he current genius of European law lies in the fact that, in view of the lack of conventional Constitution settlement, it has never be able simply to refer to outdated and inappropriate legal doctrines within its judgments, but has instead always been required to respond to the political complexities of the Union with its own evolving and functionally appropriate mechanisms and doctrines of control. Most importantly, European law has already begun to evolve a series of procedural doctrines that seem to support the on-going process of adjustment between equally valid public interests in policy facilitation and restraint through political deliberation” (197).

Nicht das Ausschusswesen, sondern die neuen Agenturen wären dann Repräsentanten einer transnationalen Form der Demokratie:

“[W]here, and to the degree that, the law of review is tailored to ensure that all relevant interests might participate in decision-making, either through a widened basis for *locus standi* or through the ‘deliberative’ stipulation that all relevant interests are reviewed during decision-making, lack of representation within the plural polity presents a lesser problem” (198).

Darf man hierin die Verwirklichung eines “Kollisionsrechts Zweiter Ordnung” sehen? Danach müsste die Behörde sowohl auf sozio-ökonomische Diskrepanzen als auch auf divergierende normative Vorstellungen Rücksicht nehmen können. Letzteres erscheint nicht ausgeschlossen. Gewiss wird die Behörde auf einen reibungslosen Ablauf des innergemeinschaftlichen Handels hinarbeiten. Dies ist solange akzeptabel wie ihre der Komitologie nachgebildete Binnenstrukturen verhindern, dass eine politisch nicht rechenschaftspflichtige Exekutivmacht die Lebensmittelpolitik der Union bestimmt. Schwieriger vorstellbar ist, wie die Behörde den sozio-ökonomischen Ungleichheiten in der Union Rechnung tragen könnte. Es gibt keinen Verfahrensschritt, in dem solche Implikationen offen zur Diskussion werden könnten.²⁵

²⁵ Die zuletzt, nämlich im Dezember 2006, durch die Verordnung 1907/2006 zur Regist-

2.

Die offene Koordinierungsmethode ist radikaler. Hier sind die Entformalisierung und Ablösung der Komitologie-Strukturen gleichsam Programm. Die Legitimität dieses Regierens außerhalb des Rechts wird oft in einem Output gesucht, den man für möglich erklärt, den aber niemand prognostizieren kann. Theoretisch anspruchsvoller ist das Konzept des demokratischen Experimentalismus (Gerstenberg/Sabel 2002; Sabel/Zeitlin 2006).²⁶ Danach sind das iterative *benchmarking*, der autonome Umgang der Nationalstaaten mit den vereinbarten Leitlinien und das dabei angeregte wechselseitige Lernen als genuin demokratische Prozesse zu verstehen, in denen sich ein problembezogener Demos artikuliert. Die hier nur angedeuteten Annahmen sind voraussetzungs- und Gegenstand intensiver Recherchen. Viele Fragen harren der Klärung: Wie finden sich die transnationalen Kriterien, die ein *benchmarking* nationaler Erfahrungen, nationaler Geschichte und nationaler Erwartungen ermöglichen und legitimieren sollen? Warum können wir darauf vertrauen, dass die Konfrontation mit den Erfahrungen Anderer in koordinierte Politiken münden und dann gegen skeptische Opponenten durchsetzbar sein wird? Wie soll die Umsetzung dieser Vorstellungen in den sachlich überaus komplexen und von Interessengegensätzen geprägten Feldern der Sozialpolitik gelingen? Gewiss ist nichts dagegen einzuwenden, dass Bürokratien und Sachverständige Erfahrungen austauschen und ihnen neue Perspektiven nahe gebracht werden. Wie aber lässt sich gewährleisten, dass sich bei all dem nicht Netzwerke etablieren, die dann, ohne sich dem regulären politischen Prozess auszusetzen, umsetzen, was sie vereinbart haben? Ein solches Regieren wäre „weich“ insofern, als es nicht mehr auf zwingendes Recht angewiesen ist. Gleichzeitig wäre es aber „stark“, weil es seiner Informalität wegen die Risiken rechtsstaatlicher Bindungen und Kontrollen unterlaufen kann.

rierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH) eingerichtete Agentur für chemische Stoffe (ABl. L 396/2006, 1) hat weitergehende Möglichkeiten. Das 851 Seiten starke Regelwerk sieht einen Ausschuss für sozioökonomische Analysen vor, enthält im Anhang XVI detaillierte Vorgaben für die Anfertigung entsprechender Expertisen und in Artikel 60 Abs. 4 Regeln über die Behandlung von Kollisionen zwischen Risikoevaluationen und sozioökonomischen Analysen. Freilich ist diese Innovation nicht mit Rücksicht auf die Beitrittsländer zustande gekommen, sondern offenbar eine Konzession an den früheren Bundeskanzler (Kjaer 2007: 4 ff., 17 f.).

26 Die theoretische Sekundärliteratur ist noch immer spärlich; eine Ausnahme bildet Scheuerman 2004.

Der in der Sache – der Koordination von Marktintegration und sozialer Regulierung – erfolgreichste Modus europäischen Regierens, nämlich die „Neue Konzeption für technische Harmonisierung und Normung“ ist, wenn man nationalstaatliche Vorbilder berücksichtigt, die weitaus älteste und zudem die „seit jeher“ am stärksten „privat“ verfasste. Dabei mag geradezu paradox erscheinen, was sich plausibel erklären lässt: Die „Verrechtlichung“ dieses „privaten Transnationalismus“ (Schepel 2005) ist weitaus intensiver ausgefallen als die der traditionell öffentlich-rechtlichen, jetzt von den neuen Formen des Regierens dominierten Felder. Dies gilt, wie Schepel (2005: 241) gezeigt hat, nicht nur für die europäische, sondern auch für die internationale Normung. Es haben sich allgemein anerkannte und stabile Prozeduren herausgebildet, die Rechtsprinzipien, professionelle Standards, Partizipationschancen synthetisieren und immer wieder zu konsentierten Problemlösungen führen.

Bezeichnenderweise hat die europäische Normung viele Merkmale der Komitologie übernommen. Ihre nicht-unitarische Netzwerkstruktur stellt sicher, dass nationale Delegationen ihre jeweiligen Perspektiven einbringen, die tatsächlich Lernprozesse auslösen. Verwaltungen und auch Gerichte sind in den Normungsfragen zuweilen aktuell und stets latent präsent. Sie operiert nicht nach deren Weisungen, wird wohl aber von ihnen beschattet. Dieser „private Transnationalismus“ hat sich vom staatlichen Recht gelöst, ist aber nicht entrechtlicht. Er versorgt sich mit Expertenwissen, liefert sich diesem aber nicht aus. Worauf beruht seine Akzeptanz?

„The paradox is, of course, that the mechanism through which to achieve this is, well, politics. Due process, transparency, openness, and balanced interest representation are norms for structuring meaningful social deliberation. They are not obviously the appropriate vehicles for revealing scientific ‘truth’ or for allowing room for the invisible hand.“ (Schepel 2005: 223).

Recht wie Politik bleiben präsent. Freilich, jene politischen Prozesse, die das Recht des privaten Transnationalismus ordnen, werden von der öffentlichen Politik und dem öffentlichen Recht nicht direkt erreicht. Mit anderen Worten: Ihre Verrechtlichung geschieht augenscheinlich „von unten“. Diese Rechtfertigung trägt dem Umstand Rechnung, dass die moderne Wirtschaft und ihre Märkte eben nicht wie Automaten funktionieren, sondern politisch wichtige Festlegungen treffen müssen. Können wir darauf setzen, dass in der Wirtschaft und Gesellschaft politische Prozesse sich selbst so verfassen, dass ihre Ergebnisse „Anerkennung verdienen“? Eine Parallele zur Komitologie, aber auch zu dem emergierenden Recht der neuen Agenturen, drängt sich auf: Wenn die Komitologie aus den epistemischen und politischen Potentialen deliberativer Prozesse sachhaltige Problemlösungen entwickeln und faire Kompromisse

zustande bringen kann, so geschieht dies dank der Prinzipien und Regeln, an denen sie sich orientiert, und im Schatten demokratisch legitimierter Institutionen und ihres Rechts. Ebenso beruht die Legitimität, die Schepel der Normung beimisst, aus der Kompatibilität ihrer Institutionalisierung mit den sie umgebenden rechtlichen Institutionen, die einsehen können, dass sie nicht selbst leisten können, was der Prozess der Normung zu leisten vermag. Ist all dies noch kollisionsrechtlichen Denkmustern zugänglich? Um Kollisionsrecht geht es auch, wenn, wie im Fall der Normung, ein nicht-staatliches Recht Anerkennung finden will (Schanze 2005: 90 f.). Und denkbar ist darüber hinaus, dass sich so Prinzipien und Prozeduren etablieren lassen, die transnationale governance arrangements akzeptabel verfassen (McCormick 2006: 415 ff.)

Literatur

- Beck, Ulrich/ Edgar Grande*, 2007: Das kosmopolitische Europa, Frankfurt a.M.
- Bradley, Kieran St.*, 2006: Halfway House: the 2006 Comitology Reforms, Beitrag zur Connex Thematic Konferenz "Creating a European Administrative Space, London, 16.-18. November.
- Corkin, Joseph*, 2007: A Manifesto for the European Court: Democracy, Decentred Governance and the Process-Perfecting Judicial Shadow, Ph.D. EHI Florenz.
- Dabrowska, Patrycja*, 2006: Hybrid Solutions for Hybrid Products? EU Governance of GMOs, Ph.D. EHI Florenz.
- De Búrca, Grainne*, 2006; Introduction: New Governance. Law and Constitutionalism, in: Grainne De Búrca and Joanne Scott (eds.), Law and New Governance in the EU and the US, Oxford, 5-6.
- DeBúrca, Grainne, Scott, Joanne* (eds.), 2006: New Governance, Law and Constitutionalism, Oxford.
- Everson, Michelle*, 2005: Control of Executive Acts: The Procedural Solution. Proportionality, State of the Art Decision-Making and Relevant Interests', in: Deidre Curtin, Alfred E. Kellermann, Steven Blockmans (eds.), EU Constitution: the Best Way Forward (Proceedings of the Asser Colloquium 2004), Den Haag, 181-200.
- EuGH*, 1963: Rs. 26/62, Van Gend en Loos ./.. Nederlandse Administratie der Belastingen, Slg. 1963, 1.
- EuGH*, 1979: Rs. 120/78, Rewe Zentrale ./.. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein Slg. 1979, 649.
- Falke, Josef*, 2000: Komitologie – Entwicklung, Rechtsgrundlagen und erste empirische Annäherung, in: Christian Joerges, Josef Falke (Hrsg.), Das Ausschußwesen der Europäischen Union. Praxis der Risikoregulierung im Binnenmarkt und ihre rechtliche Verfassung, Baden-Baden, 43-159.
- Fischer-Lescano, Andreas/Gunther Teubner*, 2006: Prozedurale Rechtstheorie: Wiethölter, in: Sonja Buckel, Ralph Christensen, Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, Stuttgart, 79-96.
- Franzius, Claudio*, 2006: Governance und Regelungsstrukturen, in: Verwaltungsarchiv 97: 2, 186-219.
- Freeman, Jody*, 2000: The Private Role in Public Governance, *New York University Law Review* 75:3, 543-675.
- Freeman, Jody*, 2003: Symposium: Public Values in an Era of Privatization: Extending Public Law Norms through Privatization, *Harvard Law Review* 116:5, 1285-1352.
- Gerstenberg, Oliver/Charles F. Sabel*, 2002: Directly-Deliberative Polyarchy: An Institutional Ideal for Europe?, in: Christian Joerges, Renaud Dehousse (eds.), Good Governance in Europe's Integrated Market, Oxford, 289-341.

- Habermas, Jürgen*, 1967, *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, Frankfurt a.M.
- Habermas, Jürgen*, 1981, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 2. *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Frankfurt a.M.
- Habermas, Jürgen*, 1992: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M.
- Habermas, Jürgen*, 1994: *Über den inneren Zusammenhang von Rechtssaat und Demokratie*, in: Ulrich K. Preuß (Hrsg.), *Zum Begriff der Verfassung*, Frankfurt a.M., 83-94., auch in: ders., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a.M. 1996, 293-305.
- Habermas, Jürgen*, 1996: *Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School*, in: ders., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a.M. 1996, 309-398.
- Habermas, Jürgen*, 1999: *Zur Legitimation durch Menschenrechte*, in: ders., *Die Postnationale Konstellation*, Frankfurt a.M., 170-192.
- Habermas, Jürgen*, 2005: *„Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?“*, in: ders., *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt a.M., 106-118.
- Ipsen, Hans Peter*, 1972: *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen.
- Ipsen, Hans Peter*, 1987: *Europäische Verfassung – Nationale Verfassung*, *Europarecht*, 195-213.
- Joerges, Christian*, 2000: *Zusammenfassung und Perspektiven: „Gutes Regieren“ im Binnenmarkt*, in: Christian Joerges, Josef Falke (Hrsg.), *Das Ausschußwesen der Europäischen Union. Praxis der Risikoregulierung im Binnenmarkt und ihre rechtliche Verfassung*, Baden-Baden, 349-381.
- Joerges, Christian*, 2002a: *‘Ökonomisches Gesetz’ – ‘Technische Realisation’ – ‘Stunde der Exekutive’: Rechtshistorische Anmerkungen zum Weißbuch der Kommission*, in: Christian Joerges, Yves Mény, J.H.H. Weiler (eds.), *Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance*, European University Institute-Robert Schumann Centre/NYU School of Law-Jean Monnet Center 2002, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/012201.html>.
- Joerges, Christian*, 2002b: *Das Weißbuch der Kommission über „Europäisches Regieren“ – Ein missglückter Aufbruch zu neuen Ufern*, *Integration* 25, 187-199.
- Joerges, Christian*, 2006a: *Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin*, in: Andreas Furrer (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, Bern: Stämpfli, 133-188 (= <http://www.zerp.uni-bremen.de/english/publikationen/diskussionspapiere.php3>).
- Joerges, Christian*, 2006b: *‘Deliberative Political Processes’ Revisited: What Have we Learnt About the Legitimacy of Supranational Decision-Making*, *Journal of Common Market Studies* 44:4, 779-802.

- Joerges, Christian/Beate Braams/Michelle Everson*, Die Europäische Wende zu „Neuen Formen des Regierens“ (new modes of governance) – Rechtsprobleme eines politischen Konzepts, TranState Arbeitspapier Nr. 55, Bremen, Sfb 597 „Staatlichkeit im Wandel“, 2007, <http://www.staatlichkeit.uni-bremen.de>].
- Joerges, Christian/Michelle Everson*, 2005: The European Turn to Governance and Unanswered Questions of Legitimacy: Two Examples and Counter-intuitive Suggestions, in: Christian Joerges, Bo Stråth, Peter Wagner (eds.), *The Economy as Polity: The Political Constitution of Contemporary Capitalism*, London: UCL Press 2005, 159-179.
- Joerges, Christian/Josef Falke* (Hrsg.), 2000: Das Ausschußwesen der Europäischen Union. Praxis der Risikoregulierung im Binnenmarkt und ihre rechtliche Verfassung, Baden-Baden.
- Joerges, Christian/Yves Mény/J.H.H. Weiler* (eds.), 2000: Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance”, European University Institute-Robert Schumann Centre/NYU School of Law-Jean Monnet Center 2002, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/012801.html>
- Joerges, Christian/Jürgen Neyer*, 1997: From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology”, *European Law Journal* 3, 273-299 [=Von intergouvernementalem Bargaining zur deliberativen Politik: Gründe und Chancen für eine Konstitutionalisierung der europäischen Komitologie, in: Beate Kohler-Koch (Hrsg.), *Regieren in entgrenzten Räumen* (PVS-Sonderheft 28/1998), Opladen, 207-233].
- Kaufmann, Marcel*, 1997, Europäische Integration und Demokratieprinzip, Baden-Baden.
- Kennedy, Duncan*, 1986: Freedom & Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology, *Journal of Legal Education* 36, 518-567.
- Kennedy, Duncan*, 2004: The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought, 55 *Hastings L. J.* 1031.
- Kjaer, Poul*, 2007: Rationality within REACH? On Functional Differentiation as the Structural Foundation of Legitimacy in European Chemicals Regulation. EUI Working Paper Law 18/2007, San Domenico di Fiesole, <http://cadmus.iue.it/dspace/handle/1814/6948>
- Kohler-Koch, Beate/Berthold Rittberger*, 2006: The „Governance Turn“ in European Studies, *Journal of Common Market Studies* 44, 27-49.
- Kommission der EG*, 1980: Mitteilung über die Auswirkungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/79 („Cassis de Dijon“), ABl. C 256/1980, 2.
- Kommission der EG*, 1985: Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat zur Vollendung des Binnenmarktes, KOM(85) 310 endg. v. 14.6.1985.

- Kommission der EG*, 2000: „Die Demokratie der Europäischen Union vertiefen“, Arbeitsprogramm, SEK (2000) 1547, 7 endg. v. 11.10.2000, <http://europa.eu.int/comm/governance/work/de.pdf>.
- Kommission der EG*, 2001: Regieren in Europa – Ein Weißbuch, KOM(2001) 428 endg. v. 25.7.2001, ABl. C 287/2001, 5, http://europa.eu.int/comm/governance/index_de.htm.
- Koskenniemi, Martti*, 1989/2007: From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument (1989-Helsinki; 2007-Cambridge).
- Koskenniemi, Martti*, 2006: Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization, *Theoretical Inquiries in Law* 8, 9-36.
- Ladeur, Karl-Heinz*, 2007: Die Bedeutung eines Allgemeinen Verwaltungsrechts für ein Europäisches Verwaltungsrecht, in *Festschrift Eberhard Schmidt-Aßmann* (im Erscheinen).
- Lepsius, M. Rainer*, 2000: Die Europäische Union als rechtlich konstituierte Verhaltensstrukturierung, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts. Gedächtnissymposium für Edgar Michael Wenz*, Tübingen, 289-305.
- Luhmann, Niklas*, 1972: *Rechtssoziologie*. Band II, Reinbek bei Hamburg.
- Luhmann, Niklas*, 1998: Meinungsfreiheit, öffentliche Meinung, Demokratie, in Ernst-Joachim Lampe (Hrsg.), *Meinungsfreiheit als Menschenrecht*, Baden-Baden, 99 ff.
- Majone, Giandomenico*, 1994: The Rise of the Regulatory State in Europe, *West European Politics* 17, 77-101.
- Mayer-Schönberger, Viktor/Alexander Somek* (Hrsg.), 2006: *European Law Journal*, 12:4, Special Issue: Governing Regulatory Interaction. The Normative Question, 431-556.
- Mayntz, Renate*, 2005: Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie, in: *Schuppert, Gunnar Folke* (Hrsg.), *Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien*, Baden-Baden, 11-20.
- McCormick, John P.*, 2006: Habermas, Supranational Democracy and the European Constitution, *European Constitutional Law Review* 2:3, 398-429.
- Michelman Frank I.*, 1999: *Brennan and Democracy*, Princeton, NJ.
- Möllers, Christoph*, 2002: Policy, Politics oder Politische Theorie?, in: Christian Joerges, Yves Mény, J.H.H. Weiler (eds.), *Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance*, European University Institute-Robert Schumann Centre/ NYU School of Law-Jean Monnet Center 2002, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/012801.html>.
- Neyer, Jürgen*, 2003: Discourse and Order in the EU: A Deliberative Approach to Multi-Level Governance, *Journal of Common Market Studies* 41, 687-706.

- Neyer, Jürgen*, 2004: Postnationale politische Herrschaft: Vergesellschaftung und Verrechtlichung jenseits des Staates, Baden-Baden.
- Neyer, Jürgen*, 2006: The Deliberative Turn in Integration Theory, *Journal of European Public Policy* 13:5, 779-791.
- Nikolaïdes, Kalypso*, 2005: Globalization with Human Faces: Managed Mutual Recognition and the Free Movement of Professionals, in: Fiorella Kostoris Padoa Schioppa (eds.), *The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process*, New York, 190-223.
- Nikolaïdes, Kalypso/Susanne K. Schmidt*, 2007: Mutual Recognition on Trial: The Long Road to Services Liberalisation, *Journal of European Public Policy* 14:5, 667-681.
- Poiars Maduro, Miguel*, 1998: *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford 1998.
- Offe, Claus/Ulrich K. Preuß*, 2006: The Problem of legitimacy in the European Polity. Is Democratization the Answer?, Queens University of Belfast: ConWEB Paper 6/2006, available at <http://www.qub.ac.uk/schools/SchoolofPoliticsInternationalStudiesandPhilosophy/Research/PaperSeries/>.
- Rosenau, James N.*, 1992: Governance, order, and change in world politics, in: *Rosenau, James N., Czempel, Ernst-Otto* (eds.), *Governance without Government. Order and Change in World Politics*, Cambridge, New York, 1-29.
- Sabel, Charles F./Jonathan Zeitlin*, 2007: Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the European Union, (EUROGOV) No. C-07-02, <http://www.connex-network.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-07-02.pdf.network.org/eurogov>.
- Schäfer, Armin*, 2005: *Die neue Unverbindlichkeit. Wirtschaftspolitische Koordinierung in Europa*, Frankfurt a.M./New York.
- Schanze, Erich*, 2005: International Standards – Functions and Links to Law, in: Peter Nobel (ed.), *International Standards and the Law*, Bern, 84-103.
- Scharpf, Fritz W.*, 1993: Autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich. Zur Logik einer europäischen Mehrebenen-Politik, in: Weidenfeld, Werner (Hrsg.), *Reform der Europäischen Union. Materialien zur Revision des Maastrichter Vertrages*, Gütersloh, 75-96.
- Schepel, Harm*, 2005: *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford.
- Scheuerman, William E.*, 2004: Democratic Experimentalism or Capitalist Synchronization? Critical Reflections on Directly-Deliberative Polyarchy, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 17, 101-127.
- Schluchter, Wolfgang*, 1972: *Aspekte bürokratischer Herrschaft: Studien zur Interpretation der fortschreitenden Industriegesellschaft*; zitiert nach der Neuauflage Frankfurt a.M. 1985, 145-176.

- Schmid, Christoph* 2000: Selective harmonisation: Vertical, horizontal, and diagonal conflicts: Diagonal competence conflicts between European competition law and national regulation: A conflict of laws reconstruction of the dispute on book price fixing, *European Review of Private Law* 8, 155-172.
- Schmitt, Carl*, 1928/1993: *Verfassungslehre*, zitiert nach der 9. Aufl., Berlin.
- Schmitter, Philippe C.*, 2002: What is there to legitimize in the European Union... and how might this be accomplished?, in: Christian Joerges, Yves Mény, J.H.H. Weiler (eds.), *Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance*, European University Institute-Robert Schumann Centre/NYU School of Law-Jean Monnet Center 2002, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010601.html>.
- Schönberger, Christoph*, 2004: Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaats-Schemas, *AöR* 129:1, 81-120.
- Schuppert, Gunnar Folke*, 2005: Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplin, in: ders. (Hrsg.), *Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien*, Baden-Baden, 371-469.
- Teubner, Gunther*, 1982: Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 69, 13-59.
- Teubner, Gunther* 1984: Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Friedrich Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität. Vergleichende Analysen*, Baden-Baden, 289-344.
- Teubner, Gunther*, 2003: Der Umgang mit den Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: Christian Joerges, Gunther Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, 22-45.
- Teubner, Gunther*, 2004: Netzwerk als Vertragsverbund. Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht, Baden-Baden.
- Trute, Hans-Heinrich/Wolfgang Denkhaus/Doris Kühlers*, 2004: Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, *Die Verwaltung* 37, 451-473.
- Voigt, Rüdiger* (Hrsg.) 1983: *Abschied vom Recht?*, Frankfurt a.M.
- Weber, Max*, 1967: *Rechtssoziologie*, 2. Aufl. [Auszug aus *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922) in der Edition von Johannes Winckelmann], Neuwied, Berlin.
- Weiler, J.H.H.*, 1981: The Community System: The Dual Character of Supranationalism, *Yearbook of European Law* 1, 257-306.
- Weiler, J.H.H.*, 2001: Federalism without Constitutionalism: Europe's *Sonderweg*, in: Kalypso Nicolaïdis, Robert Howse (eds.), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford, 54-72.
- Wiethölter, Rudolf*, 1977: Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – falsche Fronten im

- IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht: Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm, Festschrift Kegel, Frankfurt a.M., 213-263.
- Wiethölter, Rudolf*, 1982: Entwicklung des Rechtsbegriffs (am Beispiel des BVerfG-Urteils zum Mitbestimmungsgesetz und – allgemeiner – an Beispielen des sog. Sonderprivatrechts), in: Volkmar Gessner, Gerd Winter (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Opladen (Jahrbuch für Rechtstheorie und Rechtssoziologie 8), 38-59.
- Wiethölter, Rudolf*, 1983: Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, in: Gert Brüggemeier, Christian Joerges (Hrsg.), Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts, Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Materialien 4, Bremen 1984, 25-64.
- Wiethölter, Rudolf*, 2003: Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Christian Joerges, Gunther Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden, 13-21.
- Willke, Helmut*, 1983: Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer gesellschaftlichen Steuerungstheorie, Königstein/Ts.
- Willke, Helmut*, 1992: Ironie des Staates, Frankfurt a.M.
- Zürn, Michael*, 2001: Politik in der postnationalen Konstellation, in: Christine Landfried (Hrsg.), Politik in der entgrenzten Welt, Opladen, 181-204.

Lieferbare ZERP-Diskussionspapiere

(in Papierform = P bzw. als elektronische Kopie = E*)

* siehe unsere Homepage: www.zerp.uni-bremen.de (Publikationen)

- DP 7/91: *Gerd Winter* (Hrsg.), Die Europäischen Gemeinschaften und das Öffentliche, Dezember 1991 (P)
- DP 3/92: *Ines Katharina Gerwien*, Die Kontrolle von Pestiziden in exportierenden Industrieländern und Entwicklungsländern, am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland und Malaysias, Oktober 1992 (P)
- DP 7/93: *Michelle Everson*, To the Constitutional Position of the Citizen of the United Kingdom, Dezember 1993 (P)
- DP 3/94: *Monika Jagels-Sprenger*, Der Fall PVC. Ein ungewisses Risiko und seine rechtliche Bewältigung, März 1994 (P)
- DP 4/94: *Geoffrey Woodroffe/Philip Rawlings/Chris Willett*, Financial Services in the United Kingdom, März 1994 (P)
- DP 5/94: *Edda Castelló*, Untersuchung von Beschwerdesystemen für Finanzdienstleistungen, März 1994 (P)
- DP 8/94: *E. Alexandridou/M.-T. Marinos/C. Mastrokostas/G. Triantaphyllakis*, Financial Services in Greece, Juli 1994 (P)
- DP 1/97: *Dorothee Eidmann*, Ausländer und Verwaltung. Eine Skizze am Beispiel des Ausländeramtes in Bremen, Januar 1997 (P/E)
- DP 2/97: *Josef Falke/Armin Höland*, Die Rechtspraxis der Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Vorüberlegungen zu einem neuen Forschungsprojekt, März 1997 (P/E)
- DP 3/97: *Edwige Lefebvre*, A Historical Profile of Belgium: From Urban to Modern Belgian Citizenship, Juli 1997 (P/E)
- DP 4/97: *Edwige Lefebvre*, The Belgian Constitution of 1831: The Citizen Burgher, Juli 1997 (P/E)
- DP 5/97: *Edwige Lefebvre*, French Republicanism in Algeria: „Citouyen-Colon“ versus „Sujet-Musulman-Français“, Juli 1997 (P/E)
- DP 6/97: *Ulrich K. Preuß/Armin Höland* (eds.), The Normative Foundation of the Polity, Oktober 1997 (P/E)
- DP 7/97: *Konstanze Plett*, Rechtliche Hindernisse auf dem Weg zur Gleichberechtigung der Frauen, Oktober 1997 (E)
- DP 1/98: *Wolf Sauter*, EU Regulation for the Convergence of Media, Telecommunications, and Information Technology: Arguments for a Constitutional Approach?, Januar 1998 (P/E)
- DP 1/99: *Jürgen Neyer/Dieter Wolf/Michael Zürn*, Recht jenseits des Staates, März 1999 (E)

- DP 2/99 *Josef Heimann*, "Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr" – der neue Titel IV EGV unter besonderer Berücksichtigung des Schengen-Protokolls, Oktober 1999 (P/E)
- DP 1/00 *Armin Höland/Uwe Reim/Holger Brecht*, Flächentarifvertrag und Günstigkeitsprinzip. Zusammenfassung einer empirischen und rechtlichen Untersuchung der Anwendung von Flächentarifverträgen in den Betrieben, März 2000 (P/E)
- DP 2/00 *Armin Höland/Uwe Reim/Holger Brecht*, Association-Level Agreements and Favourability Principle, Dezember 2000 (E)
- DP 1/02 *Anita Boeker*, The Establishment Provisions of the Europe Agreements: Implementation and Mobilisation in Germany and the Netherlands, April 2002 (P/E)
- DP 2/02 *Nikola Lafrenz*, Die Pflegeversicherung als Teil der Krankenversicherung im Sozialrecht der Europäischen Union – Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, Oktober 2002 (E)
- DP 3/02 *Ailine Wolff-Pfisterer*, Sprache als Freizügigkeitshindernis in der EU - Sprachliche Anforderungen an ausländische EG-Bürger im Rahmen der Anerkennung von Befähigungsnachweisen für den Berufszugang und die Berufsausübung, Oktober 2002 (E)
- DP 4/02 *Michael W. Schröter*, Lebensmittelrechtliche Vorsorge als Rechtsprinzip – nationale, europäische und welthandelsrechtliche Aspekte, Dezember 2002 (E)
- DP 1/03 *Christine Godt*, Streit um den Biopatentschutz: Stoffschutz, Patente auf Leben und Ordre Public. Nationaler Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Europäischen Biopatentrichtlinie, Dezember 2003 (E)
- DP 2/03 *Carl Otto Lenz*, Das deutsch-französische Verhältnis und sein Einfluss auf die Europäische Union, Dezember 2003 (E)
- DP 1/04 *Josef Falke*, Normung und Dienstleistungen. Anforderungen und Handlungsspielräume nach dem Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), Februar 2004 (E)
- DP 1/05 *Eric A. Engle*, Alien Torts in Europe? Human Rights and Tort in European Law, Februar 2005 (E)
- DP 2/05 *Aydan Bashlinskaya*, Der rechtliche Gehalt der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Europäischen Union (GESVP) und ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Grundgesetz, Mai 2005 (E)
- DP 3/05 *Joanna Krzeminska*, Free Speech Meets Free Movement – How Fundamental really is 'Fundamental'? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law, August 2005 (E)
- DP 4/05 *Nuno Ferreira*, Revisiting Euthanasia: A Comparative Analysis of a Right to Die in Dignity, November 2005 (P/E)
- DP 1/06 *Christian Joerges*, Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin, Januar 2006 (P/E)

- DP 2/06 *Mel Kenny*, Constructing a European Civil Code: *Quis custodiet ipsos custodiet?*, Februar 2006 (P)
- DP 3/06 *Klaus Sieveking*, ECJ Rulings on Health Care Services and Their Effects on the Freedom of Cross-Border Patient Mobility in the EU, April 2006 (P/E)
- DP 4/06 *Christoph U. Schmid*, The ECJ as a Constitutional and a Private Law Court. A Methodological Comparison, Juni 2006 (P/E)
- DP 5/06 *Ralf Michaels*, EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory, August 2006 (P/E)
- DP 6/06 *Maria Paola Ferretti*, Participation, Democratic Deficit and Good Regulation. A Case Study of Participatory Strategies in the European Regulation of GMO Products, September 2006 (P/E)
- DP 7/06 *Norbert Reich*, A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or host for integration?, Oktober 2006 (E)